جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بأسيوط
قسم الفقه العام

فقه المعاملات
فى
الفقه الإسلامى

إعداد
أ . د / حامد على حامد
الأستاذ المساعد بقسم الفقه العام
بكلية الشريعة والقانون

١٤٢١ - ٢٠٠٠

الافتتاحية فى

ماهية العقد ، وأنواعه ونطاقه

أولا : ماهية العقد لغة : -

بالبحث فى كتب اللغة العربية تبين لى أن لفظ العقد يرد بمعان كثيرة ، فهو يأتى بمعنى الربط ، والشد ، ويقال : عقد الحبل أى شده - ويأتى بمعنى التأكيد ، والأحكام والتوثيق فيقال : عقد العهد ، واليمين ، أكدهما وهو مصدر عقده يعقده بكسر القاف فى المضارع ويستعمل اسما فيجمع على عقود.[1] وهذه المعانى اللغوية للعقد لا يخرج عنها معنى العقد فى الكتاب الكريم والسنة المشرفة ، فقد جاء العقد فى القرآن الكريم بمعنى العهود فى قوله تعالى [يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود] [٢] وفى قوله أيضا [ولا تعزموا عقدة النكاح

---

(١) القاموس المحيط للفيروز آيادى ط مصطفى الحلبى ص٣٠٧٩ ، ولسان العرب لابن منظور ط دار المعارف ط ٣٠٣٠ - ٣٠٣٣ ، والمصباح المنير للفيومى ط مصطفى الحلبى جـ٢ ص٧١ والمقررات فى غريب القرآن للراغب الاصفهانى ط دار المعرفة ص٣٤١ .

(٢) آية رقم (١) من سورة المائدة .

حتى يبلغ الكتاب أجله] (١) .

قال الراغب : والعقد لما يعقد من نكاح ، أو يميـــن أو غيرهما (٢) . وفى قوله تعـــالى أيضـــا : [والذيـــن عقـــدت أيمانكم] (٣) . أى الذين انعقدت عهودكم ، والمراد به العقـــد الذى آخى به المهاجرون والأنصار حيث كانوا الوارثون بـــه إلى أن نزلت آيات المواريث . (٤)

وأما السنة فقد ورد فيها العقد بمعنى العـــهد والحلـــف فى قول ﷺ : [وكان بيننا وبين قوم عقـــد] (٥) أى عـــهد وحلـــف . وفـــى الحديـــث الـــذى رواه الأمـــــام أحمـــد بلفظ [من أحب أن يدخل فى عقد محمد وعـــهده دخـــل فيـــه فقالوا نحن مع عقد رســـول الله] (٦) وروى عـــن عائشـــة رضى الله عنها قالت : [فـــأتى ابـــن الدغنـــة أبـــا بكـــر

---

(١) آية رقم (٣٣٥) من سورة البقرة

(٢) المفردات فى غريب القرآن ص٣٤١ .

(٣) آية (٣٣) من سورة النساء .

(٤) تفسير القرطبى جـ٥١ ٤ ط دار المعارف ، وأحكام القرآن للحصاص جـ٢ ص٢٩٤ ، وصحيح البخارى مع فتح البارى جـ٤ ص٤٧٢ ط السلفية .

(٥) صحيح البخارى مع فتح البارى جـ٢ ص٧٦ ط سابقة .

(٦) مستند الأمام أحمد جـ٤ ص٤٢٥ .

فقال : قد علمت الذى عقدت لك عليه][١] أى أخذت لك عهدا من الكفار أن لا يؤذوك إلى غير ذلك من النصوص التى تؤكد المعانى اللغوية التى ورد بها لفظ العقد .

وألاحظ أن المعانى وإن تعددت فهى متقاربة يجمعها معنى الربط المطلق عموما قال الطبرى : وأصل العقد عقد الشئ بغيره ، وهو وصله به كما يعقد الحبل الحبل إذا وصل به شدا [٢] ، وقال الجصاص : سمى اليمين عقدا لأن الحالف ربط نفسه بالمحلوف عليه وألزمها به . [٣] .

والربط قد يكون حسيا كالشد ونقيض الحل ، وقد يكون معنويا مثل العهد والتأكيد والحلف والعزم . قال القرطبى : العقد على ضربين ، حسى كعقد الحبل وحكمى كعقد البيع ، فاليمين منفعلة من العقد وهى عقد

---

(١) صحيح البخارى جـ٤ ص٤٧٦ ط سابقة .

(٢) تفسير الطبرى جـ٩ ص٤٥١ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص جـ٢ ص ٢٩٤ .

القلب فى المستقبل أن لا يفعل ، فـــهذه اليميـــن يحلـــها الاستثناء والكفارة . [1]

ومن ثم يكون إطلاق العقد على الربط المعنـــوى مثل العهود والبيوع إطلاقا حقيقيا لغويا وشرعيا . حيـث إنه يبادر الذهن عند الإطلاق ودون الحاجة إلى القرينـــة والأصل فى الإطلاق الحقيقية دون المجـــاز ، وأيضـــا فعلماء اللغة ذكروا له من بين معانية الحقيقيـــة العـــهد والحلف والعزم والتوكيد ، وهذه أمور معنوية وليســـت أجراما حسية ، وهذا يؤكد ما قلناه .

ثانيا : ما هية العقد فى اصطلاح الفقهاء : -

بالبحث عن ما هية العقد فى اصطـــلاح علمـــاء الشريعة الإسلامية ظهر لى أن معناه يدور حول معنييـن : أحدهما عام والآخر خاص : -

أولا : المعنى الخاص للعقـــد: - وهـــو الالـــتزام الصادر من طرفين متقابلين . وهذا المعنى المراد عنـد

---

(١) تفسير القرطبى جـ٦ ص٣٢ ط دار المعارف . ط دار الكتب .

جمهور الفقهاء عن الإطلاق [١] . أى أن معظم الفقهاء يقصدون المعنى الخاص للعقد عند بحثهم عـــن صيـــغ العقود من إيجاب وقبول فعلى ســـبيل المثـــال وليـــس الحصر ، يقول الإمام الشافعى ذاكرا لفـــظ العقـــد عنـــد إرادته النذر مقيدا أى " أن يوفوا بكل عقد ، وكل عقـــد نذر " [٢] ونقل الألوسى عن الطوسى : [أن العقد فيـــه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بيـــن أثنيـــن][٣] ويذكر ابن نجيم الحنفى تقسيمات العقود ، ولا يذكر منها إلا العقود بمعناها الخاص [٢] وأشـــار إلـــى المعنـــى الخاص للعقد طائفة من أهل العلم كالبايرتى [٣] ، وابـــن الهمام [٤]

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٣٦ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص٥ ، والاشباه والنظائر للسيوطى ص٣١٨ ، وأحكام القرآن للشافعى جـ٢ ص٦٦ ، القواعد لابن رجب ص٧٤ ، والأستاذ الدكتور / شوكت العدوى ، نظرية العقد طبعة (ستنسل) لدبلوم الفقه المقارن بكلية الشريعة ص٢ والأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شحاته ، أحكام العقود ص١٦ – ١٧ والأستاذ الدكتور / على مرعى ، فسخ العقد فى الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه بكلية الشريعة الإسلامية سنة ١٩٧٢ ص١١١ والدكتور / محمد رافت عثمان ، عقد البيع فى الشريعة ص٨ والشيخ أبو زهرة ، نظرية العقد ص٢٠١ ، والشيخ على الخفيف مختصر أحكام المعاملات ص٧٢ .

(٢) أحكام القرآن للشافعى جـ٢ ص٦٦ .

(٣) تفسير الألوسى جـ٢ ص٢٣٩ . (٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٣٦ .

والكاساتى [١] والشيخ الدردير [٢] المالكى ، وتبعه العلامة الدسوقى [٣] ، والغزالى ، والنووى والبيضاوى [٤] وقال السيوطى : [لم يحتج الفسخ إلى قبول دون العقود) [٥] وقال ابن القاسم الشافعى : [العقد مجموع الإيجاب والقبول] [٦] وذكر ابن قدامه ، وابن رجب الحنبلى وأقسام العقود ولم يذكرا منها التصرف الذى يتم بإرادة منفردة . [٧]

ثانيا : المعنى العام للعقد : -

وهو كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به سواء التزم فى مقابل التزام آخر كالبيع ونحوه ، أم لا ، كاليمين والطلاق والنذور ، وسواء كان التزامه التزاما دينيا كأداء الفرائض والواجبات ، وترك المحرمات ، أم

---

(١) بدائع الصنائع للكاساتى جـ٦ ص٢٩٩٠ .

(٢) الشيخ الصغير للدردير مع شرحه بلغة السالك جـ٢ ص٣٤ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص٥ .

(٤) الوسيط فى المذهب ، مخطوطة دار الكتب ٣١٢ فقه شافعى ق٥٧ والمجموع جـ٩ ص١٧٥

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطى ص٣١٨ .

(٦) حاشية أبى القاسم على تحفة المحتاج شرح المنهاج جـ٤ ص٢١٤ .

(٧) المغنى جـ٣ ص٥٩٤ ، والقواعد لابن رجب ص٧٤

التزاما دنيويا . (١) ويدل على ذلك ذكر بعض النصوص الفقهية من مصادرها الأساسية فعلى سبيل المثال أيضا وليس على سبيل الحصر .

قال الإمام أحمد : [العقود هى العهود كلها] (٢) وذكر المفسرون أن قوله تعالى : [أوفوا بالعقود] شامل لكل العقود من الأيمان ، والنكاح ، والعهد ، والحلف ، البيع ، والفرائض ، والواجبات ، والمحرمات .(٣)

قال ابن العربى [إذا ثبت هذا فربط العقد تارة يكون مع الله تعالى ، وتارة يكون مع الآدمى ، وتارة يكون بالقول ، وتارة يكون بالفعل] (٤)

وقال الجصاص : [العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه

---

(١) أحكام القرآن للحصاصى حـ٢ ص٢٩٦ ، تكملة فتح القدير حـ٦ ص٢١ ، أحكام القرآن للشافعى حـ٢ ص٦٦ ، فتح القدير حـ٥ ص٧٦ ، وجامع الفصولين حـ٢ ص٢ ، قاعدة العقود لابن تيمية ص١٥ وما بعدها ، والانصاف حـ٤ ص٢١١ وما بعدها حتى ص٢٥٩ . القواعد لابن رجب ص٥١ ، وتفسير الطبرى حـ٩ ص ٤٤٩ ، أحكام القرآن لابن العربى حـ٢ ص٥٢٤ ، تفسير ابن كثير حـ٣ ص٥ .

(٢) قاعدة العقود لابن تيمية : المرجع السابق .

(٣) تفسير الطبرى : المرجع السابق وأحكام القرآن الكريم لابن العربى : المرجع السابق .

(٤) أحكام القرآن لابن العربى : المرجع السابق .

، لأن العقد إذا كان فى أصل اللغة الشد ، ثم نقل إلـــى الأيمان والعقود فإنما أريد به إلزام الوفاء بمـــا ذكـــره ، وإيجابا عليه وهذا إنما يتناول منه مـــا كـــان منتظـــرا مراعى فى المستقبل من الأوقات فيسمى البيع ونحـــوه عقودا ، لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء بـــه . وسمى اليمين على المستقبل عقدا لأن الحالف قد ألـــزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك وكذلك العهد والأمان ، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه فـــى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقـــد وكذلـــك النـــذور ، وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك ، وكذلك الطـــلاق المعلق على شىء فى المستقبل] [١]

ونفهم من قول الجصاص رحمهُ الله تعـــالى أنـــه اشترط أن يكون التزامه بشئ يتحقق فى المستقبل . حتى يتمكن من الوفاء به ، وإلا لا يسمى عقدا لعدم التمكـــن من الوفاء به [٣]

---

(١) أحكام القرآن للجصاص : المرجع السابق .

(٢) أحكام القرآن للجصاص : المرجع السابق

وبناء على هذا المعنى الواسع الذى ذكره المفسرون للعقد فلا يخرج عن أصل معناه فى اللغة وهو مطلق الربط والشد والإحكام والتوثيق والعهد . فقد أطلق الإمام أبو حنيفة العقد على اليمين المتعلقة بالمستقبل (١) وأطلق الإمام الشافعى العقد على النذر (٢)

وقال الإمام النووى : العقد ضربان : -

ضرب ينفرد به الشخص ، وضرب لا بد فيه من متعاقدان أما الذى ينفرد به العاقد فسبعة = عقد النذر ، وعقد اليمين ، وعقد الطلاق ، وعقد الضمان ، وعقد الصلاة – لا الجمعة – وعقد الحج ، وعقد العمرة . (٣)

ولا يخفى على كل عاقل أن إطلاق العقود على هذه التصرفات لا تتم إلا على المعنى العام للعقد الذى يشمل كل التزام سواء كان من شخص واحد أو من شخصين ، وسواء بين الأفراد أو بين الدول ، وسواء

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ٢ ص٢٩٦ ، تكملة فتح القدير جـ٦ ص٢١ .

(٢) أحكام القرآن للشافعى جـ٢ ص٦٦ .

(٣) مجموعة القواعد للنووى مخطوطة الأزهر " ٢١٧٠ " فقه شافعى ورقة " ٩١ "

كانت عقودا مالية أم غير مالية ، وسواء أيضا كانت بين العبد وربه أو بين العباد وبعضهم والبعض الآخر .

ومما سبق يتبين لى أن لفظ العقد يحمل فى الغالب عند الإطلاق على المعنى الخاص ، أى ما يتم بـــإرادتين ، إلا أن معنى العقد غير محصور فى المعنى الخـــاص فهو يرد بالمعنى العام أيضا فهو شائع ذائع على ألســـنة المفسرين والفقهاء كما سبق بيان ذلك ، ولذلـــك فـــالذى يظهر لى هو رجحان أن العقد مطلق الالتزام ، فعلى هذا أن إطلاق العقد على الإرادة المنفردة إطـــلاق شـــرعى حقيقى وليس من باب المشترك اللفظى .

ثالثا : أنواع العقد فى الفقه الإسلامى :

بالبحث يتبين لى أن فقهاء المسلمين نوعوا العقـــد إلى أنواع متباينة بناء على اعتبارات معينة وها هى أهم أنواع هذه التقسيمات .

أولا : تقسيم العقد باعتبار وصفه الشرعى : -

والمراد بالوصف الشرعى فى هذا التقسيم هو

إقرار الشارع له أو عدم إقراره تترتب عليه الآثار وفى حالة عدم الإقرار لا تترتب عليه الآثار.[١]

وقد وجد خلاف كبير بين جمهور الفقهاء ، وبين فقهاء الحنفية فى تقسيم العقد باعتبار الوصف الشرعى له ونوجز الخلاف فيما يلى :-

أولا : مذهب الحنفية فى هذا التقسيم :-

قسم فقهاء الحنفية على الرأى الغالب العقد بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل.[٢] وقسمه بعضهم إلى أربعة أقسام : حيث قالوا: إن العقد إذا كان أفاد الحكم فى الحال فنافذ ، وإن لم يفده فى الحال بل عند الإجازة فموقوف وإن لم يفده فى الحال ، ولا عند الإجازة ، ولكن عند القبض ففاسد ، وإن لم يفده أصلا فباطل. [٣] فعلى هذا يكون الموقوف قسما مستقلا ، لكن على الرأى الغالب عندهم يكون نوعا من العقد النافذ وهو الراجح لأن العقد الصحيح عندهم هو ما

---

(١) شرح الاسنوى والبدحشى على المنهاج ط١ ص ٥٩ .

(٢) فتح القدير مع شرح العناية جـ٥ ص ٩٨٥ ، وحاشية إبن عابدين على الدر المختار جـ٤ ص٥٠٣ ، والبحر الرائق جـ٥ ص٢٧٧ .

(٣) فتح القدير جـ٥ ص١٨٤ ، ورد المختار على الدر المختار جـ٤ ص٥٠٣ .

صدر من أهله مضافا إلى محله ، وسلم من الخلل فـــى ركنه وفى وصفه ، ثم إذا ترتب عليه الأثـــر مباشـــرة يكون نافذا ، وأن افتقر إلى الإجازة فموقوف [1]

ومما يقوى هذا الرأى أن المخالفين لفقهاء الحنفية اتفقـوا على أن العقد الموقوف لا يسمى باطلا ولا فاسدا . [2]

وقد وافق فقهاء المالكية[3] والشافعى فى قـول [4] ، والإمام أحمد فى رواية [5] جمهور فقهاء الحنفية فـــى هذا المنهج حيث اعتبروا الموقوف مـــن أقســـام العقـــد الصحيح .

والعقد الصحيح عند الحنفية ينقســـم إلـــى لازم ، وغير لازم ، مع العلم بأن القاعدة فى العقود فى الفقـــه

---

(1) الأستاذ الدكتور العدوى ص ١٧٢ والمراجع السابقة .

(2) مواهب الجليل للخطاب جـــ٤ ص ٢٤٥ .

(4) المغنى جـــ ٤ ص٢٢٦ .

(5) فتح القدير جـــ ٥ ص ٧٤ - ١٨٢ ، الفتاوى الهندية جـــ ٣ ص ٣٠٢ ، تمذيب القروق بهامش الفروق جـــ ٤ ص ٣١ ط دار المعرفة ، الأشباه للسيوطى ص ٣٠٠

الإسلامى هى الصحة واللزوم ، أما غير اللزوم فهو استثناء لا يقر إلا حسب مقتضى العقد نفسه .(١)

والعقد اللازم منه ما لا يقبل الفسخ قطعا كالطلاق والخلع ونحوهما ومنه ما يقبل الفسخ كالبيع والسلم والإجازة ونحوها ، ومعنى عدم قبول هذه العقود للفسخ أنها إذا انعقدت لا يستقل أحد العاقدين بفسخها ، وأما معنى قبولها للفسخ فهو أن للعاقدين هذا الحق إذا تراضيا ويكون الفسخ بعد وقوعه .

وأما العقود غير اللازمة فمنها ما هو غير لازم للطرفين مثل الوكالة ونحوها ، ومنها ما هو غير لازم لأحدهما مثل الرهن فهو لازم من جهة الراهن ، وغير لازم من جهة المرتهن (٢)

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز جـ ٨ ص ١٢١- ١٢٤ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٠ ، المجموع للنووى جـ ٩ ص ٢٦١ - ٢٦٣ .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ٢ ص١٢٥ ط الأميرية بالقاهرة والفتاوى الهندية جـ٣ ص٢-٣ والاشباه والنظائر لابن نجم ص١٣٤ .

وأما غير الصحيح فقسمه الحنفية إلى باطل ، وفاسد ، فالباطل هو الذى لا يترتب عليه الآثار ، أو هو ما لم يشرع بأصله ولا وصفه . فالفاسد : هو الذى شرع بأصله دون وصفه [١]

ثانيا : مذهب الجمهور فى تقسيم العقد باعتبار الوصف الشرعى : -

أما جمهور الفقهاء فلم يرتض بتقسيم الحنفية ، وقسموه بهذا الاعتبار إلى صحيح ، وغير صحيح ، وغير الصحيح عندهم هو الباطل والفاسد فهما مترادفان ، والصحيح هو ما يترتب عليه الآثار [٢]

منشأ الخلاف بين الجمهور والحنفية : -

منشأ الخلاف فى هذا التقسيم بعتبار الوصف الشرعى للعقد يرجع إلى أصل من أصول فقه الطرفين ، وهو أن

([١]) بدائع الصنائع جـ٣ ص١٥٤٤ – ١٥٥٣ ، فتح القدير جـ٥ ص١٨٥ تيسير التحرير ط مصطفى الحلبى جـ٢ ص٢٣٤ .

([٢]) القواعد الفقهية لابن جزى ص١٨٥ ، المغنى ط ص٦٥١ – ٦٨٧ ، والمنتهى لابن رجب ص١٣٢٦ ط مطبعة السعادة ، الابهاج فى شرح المنهاج ط ص٦٨ –٧١ والتمهيد للاسنوى ص٥٩ ط مؤسسة الرسالة ط الكليات الأزهرية .

النهى هل يقتضى فساد المنــــهى عنـــه مطلقـــا أم فيـــه تفصيل ؟

وذهب الحنفية إلى أن النهى عن الشرعيات - عند عـــدم قرينة تدل على أن النهى لمعنى فى ذات المنهى عنـــه أو لغيره لا يدل على أن المنهى عنه بذاته غير مشروع بل ينسحب على معنى لغيره فيكـــون الأصـــل مشـــروعا والفساد فى الوصف فقط وإذا دلت القرينة على أن النهى لوصف كان لازما وللمنهى عنه لا يحكم بفساد الأصل ، بل يقف النهى عند الوصف اللازم فيكـــون هـــو غـــير مشروع فقط دون الأصل ، أما إذا وجدت قرينة على أن النهى كان لذات المنـــهى عنـــه فيـــدل علـــى بطلانـــه بالإتقان (١)

أما جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن النهى يقتضــــى فساد المنهى غنة سواء كان النهى لذات المنهى عنـــه ،

---

(١) فواتح الرحموت جـــ١ ص٣٦٩ – ٤٠٥ ، بهامش المستصفى ط دار صادر لبنان ، فتح الغفار بشرح المنار جـــ١ ص٧٧ ط مصطفى الحلبى المنتهى لابن الحاجب ص٧٣ ، التمهيد للاسنوى ص٢٩٢ ، المستصفى للغزالى جـــ٢ ص٢٤ المتحول ص١٢٦ ط دار الفكر ، بداية المجتهد جـــ٢ ص١٦٥ ، المغنى جـــ٤ ص٢٣٩ .

كالنهى عن بيع الملاقيح أو لوصف غير لازم له كالنهى عن البيع وقت النداء للجمعة فلا يوجب فساده إلا عند فقهاء الحنابلة [١] والظاهرية [٢]
والإباضية [٣]

والذى يظهر لى من خلال هذه التقسيمات للعقد باعتبار الوصف الشرعى أن فقهاء الحنفية استندوا إلى الجانب الدنيوى فلم يرتبوا على النهى سوى التحريم أى الآثم والعقاب فى الآخرة ، والبطلان ليس بلازم للتحريم وعلى هذا فهم فرقوا بين الحكم الدنيوى وهو ترتب الأثر أو عدم ترتب الأثر على العقود ، وبين التحريم الذى هو من أحكام الآخرة ، فلا تلازم عندهم بين التحريم وعدم ترتب الأثر ، فقد يوجد التحريم ولا أثر .

وأما الجمهور فقالوا بالتلازم بين المحرم وعدم الأثر كما قالوا بالتلازم بين المأمور به والصحة فما دام العقد محرما لا يترتب عليه أثره كانتقال الملكية ونحوه .

---

(١) المغنى : المرجع السابق
(٢) المحلى جـ٩ ص١٨-٤١٨ .
(٣) شرح النيل لابن أطفيش جـ١ ص٥٠٦ ط دار التراث العربى ، تحقيق المراد للحافظ العلائى ص٦٦ ط مطبعة زيد بن ثابت بدمشق

كتاب البيوع

تمهيد : - التعريف بكتاب البيوع .

(أ) الكتاب معناه فى اللغة : الضم ، وجمعه كتـــب - بضم الكاب وسكون الباء - وهـــو مـــن بـــاب تســـمية المفعول بالمصدر .

واصطلاحا : الكتاب هو عبارة عن جملة مختصة مـــن العلم يعبر عنها بالباب والفصل أى مشتملة على أبـــوب وفصول غالبا . والباب اسم الجملة مختصة من الكتـــاب مشتملة على فصول غالبا والباب اسم لجملة مختصة من الباب مشتملة على مسائل غالبا . والمسألة : مطلـــوب خبرى يبرهن عليه فى العلم ويكون الغرض من العلـــم معرفتها [١]

(ب) البيع لغة : مقابلة شـــىء بشـــىء علـــى وجـــه المعاوضة ، وسواء كان الشيئان مالا من الجانبين مثل :

---

(١) المصباح المنير جـــ٢ ص٧١٩ ، تهذيب الأسماء واللغات جـــ٢ ص١١١ ط دار الطباعة المنيرية .

اشتريت هذا الرغيف بخمسة قروش ، أو كان أحدهما مالا والآخر غير مال مثل قوله تعالى : -
[أن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة] (١)

وقول صلى الله عليه وسلم [ربح البيع] الصهيب ، حينما اشترط عليه أهل مكة ترك كل ماله إذا أراد الهجرة إلى المدينة .

والبيع مشتق من الباع ، لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء . ويحتمل أن يكون كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أى يصافحه عند البيع ولذلك سمى البيع صفقة . والبيع والشراء من الأضداد يقال . باع الشئ إذا أخرجه من ملكه وباعه إذا اشتراه وأدخله فى ملكه .

وكذا يقال شرى إذا أخذ ، وشرى إذا باع (٢) قال تعالى :

---

(١) الآية رقم (١١١) من سورة التوبة .
(٢) نيل الاوطار ص١٦٠ ط مكتبة دار التراث .

" وشروه بثمن بخس دراهم معدودة " [١]أى باعوه وذلك لأن كل واحد من المتابعين يأخذ عوضا ويعطى عوضا ، فهو بائع لما أعطى ومشتر لما أخذ ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : [المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا] [٢] ولكن العرف جرى على استعمال لفظ البيع فى حالة إخراج الشىء عن ملك صاحبه : يقال : باع فلان سلعته إذا أخرجها من ملكه . وعلى استعمال لفظ الشراء فى السلعة إذا أدخلها فى ملكه . وهذا العرف يتفق مع لغة قريش وقد اصطلح الفقهاء على إطلاق اسم المشترى على آخذ السلعة واسم البائع على آخذ الثمن من النقود أو ما يقوم مقامها كأوراق البنكنوت الحالية . والبيع مصدر ، والمصدر قد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع ، وقد يراد به المعنى وهو الأصل فجمعه باعتبار أنواعه .

جـ - تعريف البيع في الاصطلاح وأنواعه : -

---

(١) آية رقم (٢٠) من سورة يوسف والبخس هو الناقص مختار الصحاح ص٤٢

(٢) البخارى جـ٥ ص٢٣١ من فتح البارى

البيع : مبادلة المال بالمال بالتراضى [١] وأما أنواع البيع فهى :-

١ – بيع العين بالعين ويسمى مقايضة لأن المقايضة فى اللغة معارضة المتاع بمثله صراحة [٢] ويكون كل واحد منهما مبيعا وثمنا .

٢ – بيع الثمن بالثمن وهو الصرف .

٣ – بيع الدين بالعين وهو السلم والدين هو القوض أو ثمن المبيع والمراد به كل ما ثبت فى ذمة الشخص فهو دين [٣] والدين فى الاصطلاح هو وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة [٤]

٤ – بيع المساومة : وهو البيع بثمن يتفقان عليه .

٥ – بيع المرابحة : وهو البيع بالثمن الأول وزيادة .

٦– بيع الإقالة : وهو البيع بالثمن الأول بلا زيادة .

٧ – بيع الوضيعة : وهو البيع بالنقصان عن الثمن الأول .وسمى البيع بالنقصان عن الثمن الأول

---

(١)فتح القدير جـ٦ ص٢٤٧ ط.مصطفى الحلبى .

(٢) فتح القدير جـ٦ ص٢٤٧ البناية جـ٦ ص ١٨٧ .

(٣) مختار الصحاح ص٢١٧ مطبعة دار العلم .

(٤) فتح القدير جـ٧ ص٢٢١ ط سابقة .

وضيعة لأن صاحب رأس المال يضع من رأس المال شيئا فيه أى البيع [١]

٨ – بيع العين بالثمن : وهو المطلق لأنه أكثر أنواع البيوع وأشهرها [٢]

د – معني المال لغة وشرعا : المال عند العرب الذين نزل القرآن الكريم بلسانهم يشمل كل ما يرغب الناس فى اقتنائه وامتلاكه من الأشياء فالإبل مال ، والبقر مال ، والغنم مال والضياع مال والنخيل مال ، والذهب مال ، والفضة مال ، فالمال كل ما يملكه الإنسان من هذه الأشياء غير أن أهل البادية ، أكثر ما يطلقون المال على الأنعام ، وأهل الحضر أكثر ما يطلقونه على الذهب والفضة وإن كان الجميع مالا . [٣]

تعريف المال عند الفقهاء :

المال : كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد .

---

(١)العناية على الهداية للبابرتى جـ٦ ص٢٤٨ .

(٢) البناية للعينى جـ٦ ص١٨٧ .

(٣) القاموس المحيط جـ٤ ص٥٢ ، لسان العرب باب اللام فصل الميم .

فلا يكون الشيء مالا إلا إذا توافر أمران : -
الأمر الأول : إمكان حيازته . والأمر الثاني : إمكان الانتفاع به على وجه معتاد فما حيز من الأشياء وانتفع به فعلا يعد من الأموال
كجميع الأشياء التي تملكها من أرض وحيوان ومتاع ونقود . وما لم يحز منها ، ولم ينتفع به فإن كان في الإمكان أن يتحقق فيه ذلك عد من الأموال أيضا كجميع المباحات من الأشياء مثل السمك في البحر والطير في الجو والحيوان في الفلا فإن الاستيلاء عليه ممكن والانتفاع به على وجه معتاد ممكن ، أما ما ليس في الإمكان حيازته فلا يعد مالا وإن انتفع به كضوء الشمس وحرارتها ، وكذلك مالا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يعد مالا وإن أحرز فعلا كحفنة من تراب وقطرة من ماء وحبة من أرز .[١]

---

(١) البحر الرائق جـ٢ ص٢١٧ ، أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص٤،٣ .

مشروعية البيع : -

وجميع ما ذكر من أنواع البيع مشروع ، إذ البيـع يطلق على الكل ومشروعيته ثابتـة بالكتـاب والسـنة والإجماع والمعقول . [١]

أما الكتاب : فقوله تعالى : [وأحل الله البيع وحرم الربـا] [٢] وقوله تعالى : [وأشهدوا إذا تبـايعتم] [٣] وقولـه تعالى : [إلا أن تكون تجارة عن تراضى منكم] [٤]

وأما فى السنة : فهى كثـيرة أى أن الأحـاديث الدالة على مشروعية البيع كثيرة والسنة معناها فى اللغة هى الطريقة حميدة كانت أو ذميمة [٥] ومعناهـا فـى الاصطلاح هى عبارة عن أقوال النبى صلى الله عليـة وسلم وأفعاله وتقريراته وصفاته الخلقية والخلقية وسـيره

---

(١) فتح القدير جـ٦ ص٢٤٧-٢٤٨ ، البناية جـ٦ ص١٨٨ .

(٢) سورة البقرة من الآية رقم (٢٧٥) .

(٣) سورة البقرة الآية رقم (٢٩٢) .

(٤) سورة النساء آية رقم (٢٩) .

(٥) المعجم الوسيط جـ١ ص٤٥٦ .

ومغازيه وأقوال الصحابة والتابعين وعلى ذلــك تشــمل السنة الحديث المرفوع والموقوف والمقطوع .[١]

ولما كانت الأحاديث الدالة على مشروعيته كثـيرة نذكر منها ما يلى : –

١ - روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قال : [التاجر الصدوق الأميـن المسلم مع الشهداء يوم القيامة] [٢]

٢ - روى عن أبى هريرة رضى الله عنه عـــن النبـــى صلى الله عليه وسلم قال : – [لأن يأخذ أحدكم حبلة فيأتى بحزمة حطب فيبيعها فيكف بها وجهه خير من أن يسأل الناس أعطوه أم منعوه] [٣]

٣ - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [يا معشـــر التجار إن بيعكم هـــذا يحضـــره الكـــذب فشـــوبوه بالصدقة] [٤]

---

(١) إرشاد الفحول ص٣٣ .

(٢) الدار قطنى جـ٣ ص٧ ، سنن ابن ماجه جـ٢ ص٧٢٤ .

(٣) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ٤ ص٣٠٤ .

(٤) سنن ابن ماجه جـ٢ ص٧٢٦ ط دار أحياء التراث العربى .

ومن السنة التقريرية أنه صلى الله عليـــه وســلم بعث والناس يتبايعون فأقرهم على ذلك . والتقرير أحـــد وجوه السنة .

وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون من لدن رســـول الله صلى الله علية وسلم إلى وقتنا هذا على إباحة البيع الـذى ينطوى على معاوضة متكافئة من الجانبين . والإجمـــاع لغة هو : الاتفاق على أمر ما (١)

واصطلاحا هو : إتفاق المجتهدين من أمة محمـد صلى الله عليه وسلم فى عصر من العصور على حكـــم أمر من الأمور (٢)

وأما المعقول : هو أن الله تعالى جعل المال ســببا لإقامة مصالح العباد ، وشـــرع التجـــارة طريقـــا إلـــى الاكتساب إذ كل ما يحتاج إليه كل واحد لا يوجد مباحـــا فى كل موضع والآخذ على سبيل التغالب فســـاد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق الـــتراضى وإليـــه أشار بقوله تعالى : [لا تأكلوا أموالكم بينكم بالبـــاطل إلا

---

(١) المصباح المنير جـ١ ص٤٢ ، مختار الصحاح ص١١٠ .

(٢) كشف الأسرار للبزدوى جـ٣ ص٢٢٧ ، إرشاد الفحول ص٦٣ .

أن تكون تجارة عـن تـراض منكـم] [١] والمقصـود بالمصلحة ما فيه جلب منفعة أو دفع مضرة . [٢]

حكمة مشروعية البيع : -

إن الإنسان لا يستطيع إنتاج مـا يحتاجـه هـو وعائلته من المأكل والمشرب والملبس ، وهـى أمـور ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها ، وطريق الحصـول عليها من يد الغير إما أن يكون بطريق الاغتصاب وفـى هذا من الافساد فى الأرض ما فيه ، ولذا حرم الإسـلام هذا الطريق وإما أن يكون بطريق السؤال وفى هذا مـن الإذلال والمهانة للإنسان الذى كرمه الله ما فيـه ، وإذا استطاع ذلك شخص ما فلن يستطيعه غيره ، كما أنه إن وجد شخص من يعطيه حاجته فلن يجد غيره ذلك وعليـه فتعين الطريق الثالث وهو طريق المعاوضة حتى يتمكـن الشخص من الحصول على ما فى أيدى الغير بطريـق مشروع .

---

(١) سورة النساء من الآية (٢٩) .

(٢) شرح البدخشى جـ٣ ص٧١ .

حكم عقد البيع :-

الأصل فى عقد البيع الإباحة لقوله تعالى : [وأحل الله البيع] [١] والمباح هو الشىء الحلال [٢] هذا لغة . وفى الاصطلاح هو ما جيز الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك ، فله أن يفعله وله أن لا يفعله [٣] وقد تعتريه الأحكام التكليفية الأخرى .أى أنه قد يصير واجبا وذلك فى حق من أشتد عليه الجوع حتى قارب الهلاك مع ملكيته للثمن الذى يستطيع أن يشترى به الطعام الذى ينقذه من الهلاك قال تعالى : [ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة] [٤] وقد يصير مندوبا مثل شراء ثياب جديدة على العيد وذلك فى حق شخص ليست عنده ثياب جديدة ويملك الثمن الذى يشترى به هذه الثياب . وقد يكون محرما كبيع النجس أو المتنجس وغيرهما من البيوع المحرمة ومنها التعاقد على خمر بين المسلمين قال تعالى

---

(١)سورة البقرة آية رقم (٢٧٥) .

(٢) مختار الصحاح ص٦٨ .

(٣) الموافقات للشاطبى جـ١ ص١٠٩ ط دار الفكر العربى .

(٤) سورة البقرة آية رقم (١٩٥) .

[إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجـــس مـــن عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون] (١) وقـــد يكـــون مكروها كشراء لحوم الخيل على رأى من يرى كراهيـــة ذلك .

ومن ثم فيجب على كل مسلم بالغ عاقل أن يتعلـــم من أحكام عق البيع وغيره من بقية المعـــاملات القـــدر الذى يصحح به ما يحتاجه هو ومن يعول فلا يقدم علـــى معاملة إلا إذا كان يعلم حكمها الشرعى (٢)

---

(١) سورة المائدة آيه رقم (٩٠) .

(٢) كشاف القناع جـــ٣ ص١٤٥ الناشر مكتبة النصر الحديثة .

المبحث الأول

ما يجوز من البيوع وما لا يجوز

سنخصص هذا المبحث لدراسة أركان عقد البيع والأمر المترتب على تحقق هذه الاركان وعدم تحققها من الحكم بصحة بعض صور البيوع الجائزة وغير الجائزة .

وبادئ ذى بدء أقول أن كل عقد من العقود قد استوفى أركانه وتوفرت شرائطه وانتفت عنه موانعه فإنه يحكم عليه بالجواز فإن انتقض ركن من أركانه ، أو انتفى شرط من شرائطه أو وجد مانع من موانعه فإنه يحكم عليه بعدم الجواز

المطلب الأول

الركن الأول : العاقد

ركن الشيء لغة : جانبه القوى فيكون عينه .

وفي الاصطلاح : ما يقوم به ذلك الشيء من التقويم إذ قوام الشيء بركنه لا من القيام وإلا يلزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل والجسم ركنا للعرض والموصوف للصفة وقيل ركن الشيء ما يتم به وهو

داخل فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه [١] والركـــن الأول من أركان عقد البيع هو العاقد بل هو أصل لبقيـــة الاركان الأخرى فى عقد البيع وفى غيره مـــن العقــود الأخرى .

والواقع أن هذا الركن ركنان : لأن العقد يتولـــى صيغته طرفان البائع والمشترى ؛ ولكـــن فـــى بعــض الحالات قد يتولى شخص واحد صياغة العقد نيابة عـــن الطرفين كما فى حالة تولى شخص واحد صياغة العقـــد نيابة عن الطرفين كالولى الشرعى الذى يكون وليا علـــى قاصرين فإنه يتولى العقد عنهما إذا اقتضت المصلحة بيع شىء من أحدهما للآخر وقد يتعدد أطراف العقد إلى أكثر من أثنين ومن ثم فالعاقد هنا اسم جنس يشـــمل الواحـــد والمتعدد .

شروط العاقد : -

١ - التمييز : يرى بعض العلماء أن العقد لا ينعقـــد إلا إذا كان المتولى له مميزا ، فإن كان صغـــيرا غـــير مميز أو مجنونا مطبقا أو مغمـــى عليـــه أو نائمـــا

---

(١)التعريفات للجرجان ص١٢٩ الناشر دار الكتاب العربى ط أولى .

فلايصح العقد بل لا يطلق عليه أنه موجود قال تعالى : [إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم][١] فلابـد من رضا معتبر وهو مفقود من غير المميز .

والمراد بالجنون المطبق هو الجنون الذى يستمر كل الوقت أما الجنون الذى يأتى فى أوقات محددة فتبطل تصرفات صاحبه إذا حدث من التصرف أثناء جنونه وتصح وتلزم إذا حدث منه فى وقت الافاقة .
والصحة والبطلان والفساد أوصاف ترد على ما يصدر من أفعال المكلفين من الناس ، فصحة الفعل معناها ترتب آثاره الشرعية عليه وعدم صحة الفعل معناها كونه بحيث لا تترتب آثاره الشرعية عليه لكونه لم يتم على النحو الذى أراده الشارع . ومن ثم فهناك اتفاق بين الفقهاء على أن عدم الصحة فى العبادات يشمل الفساد والبطلان فالعبادات أما صحيحة أو غير صحيحة فالعبادة غير الصحيحة باطلة سواء كان الخلل فى ركنها أو شرطها .

---

(١) لقد سبق تخريجها .

أما المعاملات فإن الجمهور على أن الفاسد منـها والباطل سواء كما فى العبادات لأنه يترتب على الفسـاد والبطلان شيء واحد وهو عدم ترتب الآثار الشـرعية فى كل عقد فاسد أو باطل . أما فقهاء الحنفيـة فإنـهم فرقوا بين الباطل والفاسد فى المعاملات فإن كان الخلل فى أصل العقد أى فى ركن من أركانه بأن كـان فـى الصيغة والعاقدين أو المعقود عليه كان العقد بـاطلا لا يترتب عليه أثر شرعى . وأن كان الخلل فى وصـف من أوصاف العقد بأن كان فى شرط خارج علـى مـا هيته أى أركانه كان العقد فاسدا وترتبت عليه بعـض آثاره وعلى هذا يكون بيع المجنون أو غير الممـيز أو بيع المعدوم باطلا ، أما البيع بثمن غير معلوم فهو فاسد والزواج بغير شهود فهو فاسد ، فالباطل هو ما لا يكون مشروعا باصله ووصفه ولا يترتب عليه أثـر والعقـد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه وتـترتب عليه بعض الآثار ، فإن الفاسد يفيد الملك للمشترى إذا

قبض المبيع بإذن البائع [١]

حكم فاقد التمييز بسبب السكر : -

أما عدم التمييز بسبب السكر فالحكم فيه أن السكران يلزم ببيعه وشرائه وسائر عقوده إذا كان سكره بطريق محرم ، وذلك لبقاء تكليفه ، إذ العقل قائم وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصيته فعليه أن يتحمل تبعة تصرفه [٢] والمميز هو الذى يبلغ من العمر سبع سنوات .

<u>٢ - البلوغ :</u> وله علامات يعرف بها كالاحتلام وغلظة الصوت ونتن الإبط وهذه العلامات مشتركة بين الذكر والأنثى وهناك علامتان تختصان بالأنثى وهما الحيض والحمل فإن لم يوجد شيء من هذه العلامات فإنه يعتبر كلاهما بالغا إذا وصل سن خمس عشرة سنة أو سبع عشرة سن للأنثى وثماني عشرة للذكر .

والبلوغ أول شرط من شروط اللزوم ، والعقد يكون لازما إذا لم يكن لطرفى العقد أو غيرهما حق

---

(١) المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع للأستاذ الدكتور نصر فريد محمد ص٣٠ ، ٣١ بتصرف .

(٢) حاشيدين عابدين جـ٣ ص٢٣٩ .

الاعتراض على العقد ومعنى شـرط البلـوغ أن يبلـغ الإنسان مرحلة النضج الجنسى والفكـرى العـام وهـى المرحلة التى يشعر فيها الشخص بأن له حقوقا وعليـه واجبات ، فإن تحقق للعاقد هذا الوصف فإن عقده يصـير صحيحا لازما وإلا بأن كان مميزا فقط فإن عقده صحيح لكنه غير لازم فإن لم يكن قد وصـل مرحلـة التميـيز فيوصف تصرفه بالبطلان (١)

٣ - الرشد : -

هذا الوصف يراد به وصول الإنسان إلى مرحلـة النضوج العقلى التام بحيث توصف تصرفاته فـى هـذه المرحلة بالكياسة وحسن تدبير الأمور وخصوصـا مـا يتعلق بالنواحى المالية منها حسب ما تقضى به قواعـد التعامل بين أشخاص العقلاء ومن ثم فتصرفات البـالغ غير الرشيد والذى يطلق عليه وصف السـفيه الـذى لا يحسن تدبير أموره وفق القواعد المتعارف عليـها بيـن العقلاء وتعتبر غير لازمة (٢)

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدى جـ٣ ص٢٨٤

(٢) الهداية جـ٣ ص٢٨٤ .

قال تعالى : [فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليــــهم أموالهم] (١) ووجه الاستدلال من هذه الآية أن الله تعالى علق دفع أموال اليتامى إليهم على إيناس الرشـــد منـــهم ولفظ الرشد ورد فى الآية منكرا ومن ثم فحسن تصرفـــه فى الأموال يعتبر نوعا من الرشد فتتناوله النكرة المطلقة (٢) ذلك لأن الرشد هو صلاح المال والعدالة ليست شرطا فى الرشد وإلا كان الكافر أولى بالحجر عليه ولـــم يقـــل بذلك أحد . (٣)

حدوث السفه بعد البلوغ :-

فإن حدث له السفه بعد بلوغه رشـــدا ، فإنـــه لا يحجر عليه وتنفذ كل تصرفاته حتى لو أتت علـــى كـــل ماله أو أنفقه فيما لا غرض

فيه ولا مصلحة (٤) والعلة فى الحجر عليه وعدم تسليمه ماله إنما هى من قبيل التأديب له ، ولكـــن الغـــالب أن

---

(١) سورة النساء آية رقم (٦) .

(٢) الهداية : المرجع السابق .

(٣) المغنى جـ٤ ص٥١٦

(٤)الهداية جـ٣ ص٢٨١ .

(٢) الهداية جـ٣ ص٢٨١ ، ٢٨٢ .

التأديب لن يفيد بعد وصول الإنسان إلى سن الخمسة والعشرين عاما ، إذ قد يصير جدا فى هذه المرحلة هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن الحجر وعدم نفاذ التصرفات إنما أثر من آثار الصبا ويتصور حدوثه عقب البلوغ ولكنه ينقطع بتطاول الزمان وبلوغ الشخص هذه السن المتقدمة ومن جهة ثالثة فإن سلب ولاية الشخص بعد بلوغه فيه إهدار لآدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى (٢)
ومن المعلوم أن العقد النافذ هو الذى يترتب عليه آثاره .

٤ - الاختيار : -

أى الرضا بمعنى أن يكون المتعاقد قد أقبل على التعاقد بإرادة حقيقية نابعة من رغبته فى الحصول على الثمن أو المثمن ، وملتزما بالحكم المترتب على العقد ، وهذا الشرط من شروط اللزوم أى أن العاقد المكره يصح بيعه إلا أنه يكون غير لازم له ، فله بعد زوال الإكراه عنه أن يمضى عقده أو يفسخه وهذا الحكم إنما هو فى الإكراه على البيع بغير حق كمن إكره على بيع سلعته فإن اختار الفسخ فإن سلعته ترد إليه ولا تفوت

بتداول املاك أو هبة أو غيرهما وعليه رد الثمن الـــذى قبضه من المشترى . وكذلك يعطى هذا الحكم الإكـــراه على سبب البيع كمن طلب منه ظالم مبلغا من المال بغير حق فاضطر لبيع سلعته ليدفع للظالم المبلغ الذى طلبـــه منه إذ يتحقق فى هذا التصرف معنى الإكراه الوارد على ذات عقد البيع .

أما من اكره على بيع أو على سببه بحـــق كمـــن يجبر على بيع الدار لتوســـعة المســـجد أو الطريـــق أو المقبرة أو بيع سلعة لوفاء دينه أو لنفقة الزوجة أو الولـــد أو الأبوين ، أو الوفاء ما عليه من الخراج الحـــق فـــإن العقد يصح ويلزم . (١)

عقد الهازل : -

قد يقبل إنسان على التعاقد برضاه واختياره لكنـــه لا يقصد الالتزام بالآثار المترتبة على العقد ففـــى هـــذه الحالة يشترط فى تحقق الهزل واعتباره فى التصرفـــات هو أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول : إنى أبيـــع

---

(١) الهداية جـــ٣ ص٢٧٥ ، المجموع جـــ٩ ص١٥٧ ، المحلى جـــ٩ص٢٦٧ .

هازلا وليس بلازم ذكر لفظ الهزل فى ذات العقد ولـــذا قال صاحب الدار المختار فى بيان حكم عقـــد الـــهازل والعلة فيه ، ولم ينعقد مع الهزل لعدم الرضا بحكمه معه أى مع الإتيان بالعقد [١]

٥ - أن يكون العاقد مالكا للمعقود عليه من ثمن أو مثمن سواء كان يملكه ملك أو شرائه به شيئا لنفســه أو ملــك تصرف كبيع الولى شيئا من مال محجـــوره لمصلحـــة المحجور ويخرج بذلك بيع الشخص مالا لغيره بدون إذن منه أو ولاية له عليه وهو ما يسمى بيع الفضولى .

بيع الفضولى :-

الفضولى هو الذى يبيع ملك غـــيره بـــدون إذن مسبق منه وبذلك يفارق الوكيل حيث يتصرف الأخـــير " الوكيل " بإذن مسبق من الموكل " بكسر الكاف وتشديدها " كما يفارقه فى الآثار المترتبة على العقد حيث تضـــاف آثار العقد كلها إلى الموكل بخلاف الفضولى فإن آثـــار العقد تضاف إليه هو إذ لم يشر إلى المالك فى العقد ولـــه التنازل عنه فيما بعد وبذلك يأخذ صورة التولية فإن أشار

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥٠٧ .

إليه أضيفت الآثار إليه ولا يأس من هذا التصرف لما فيه من التعاون وإيصال النفع إلى ذوى الحاجـــات وينعقـد موقوفا على إجازة المالك فى البيع وعلى أن يكون لـــه مجيز حال العقد فى الشراء ، أى أنه يشترط قيام البـــائع والمشترى والمالك والمبيع حال الإجازة فى الشراء (١)

شروط أخرى لبعض الفقهاء : -

هذه هى الشروط الخمس التى اشـــترطها أكــثر الفقهاء فى العاقد الذى يكون طرفا فى عقد البيـــع لكــن بعض الفقهاء اشترطوا توافر صفات أخرى فى المتعــاقد على البيع بالإضافة إلى الصفات المتقدمة منها : -

أ - الإبصار : يرى الجمهور صحة بيع الأعمى وشـوائه كالمبصر تماما أن كان يستطيع معرفة المبيع بـــالذوق أن كان مطعوما أو بالشم أن كان .

مما يشم ، وإلا فإنه يثبت له خيار الصفـــة : يعنـــى أن طابق الواقع الوصف لزم البيع وإلا ثبـــت لـــه الخيـــار ويسقط حقه فى الخيار بمجرد لمسه للمبيع أو شـــمه أن كان يعرف بذلك أو بوصف العقارات وهى الأرض ومـــا

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٦ ص٢٠ ، ٢٣ ، ٣٠ ط مطبعة الإمام بالقاهرة .

اتصل بها من بناء أو شـــجرة أن طـــابق الواقـــع هـــذا الوصف كما يثبت حقه فى الخيار إذا شرط نظر وكيلـــه إلى أن يحضر وينظر فإن لم يوجد منه فيظل على خياره فى جميع عمره إلا إذا وجد منه ما يدل على رضاه مـــن قول أو فعل أو يتلف الشىء أو بعضه عنده فإنه يســـقط خياره [١]

ب - الإسلام : لا مانع من شراء الكـــافر المصحـــف أو جزئه لعموم الأدلة المبيحة للبيع من غير تفرقة بين شىء وشىء إلا أنه لا يستمر مالكا له فإنه يجبر على إخراجـه من ملكه [٢] خلافا لجمهور الفقـــهاء الذيـــن يـــرون أن الإسلام شرط فى شراء المصحف أو جزئـــه المقصـــود كالكتابة أو الرسالة ونحو ذلك لأن عدم إيمانه به ربمـــا يحمله على إهانته .[٣]

---

(١)حاشية ابن عابدين جـــ٤ ص٦٠٠،٦٠١ .

(٢) بدائع الصنائع جـــ٦ ص٢٩٨٧ ، ٢٩٨٨ .

(٣) المغنى جـــ٤ ص٢٩٢ ، الشرح الكبير جـــ٣ ص٧ ، شرح المنهاج جـــ٢ ص١٥٦ .

المطلب الثانى

الركن الثانى : " الصيغة "

تعتبر الصيغة هى الركن الثانى من أركان عقد البيـــع ، وهى كل ما يدل على الرضا من قول أو فعل أو كتابـــة منهما أو من أحدهما ولتحقق هذا الركن يجب أن تتوفـــر فيه ثلاثة شروط

الشرط الأول : أن تدل هذه الصيغة على وجود الرضـــا لدى العاقدين ورغبتهما فى إنشاء عقد البيـــع والالـــتزام بآثاره ، وسواء كانت هذه الدلالـــة لغويـــة مثـــل بعـــت واشتريت ونحوهما من الألفاظ الدالة على الرضا بالتعاقد ، أم غير لغوية كالتعاقد بطريق الكتابـــة أو الرســـالة أو الأشارة أو التعاطى وذلك لعموم قوله تعـــالى : [إلا أن تكون تجارة عن تراض منكـــم "(١) ولا خـــلاف بيـــن العلماء فى أن كل لفظين دالين على الرغبة فى التعـــاقد من أحد الطرفين والموافقة عليه مـــن الطـــرف الآخـــر كافيان لإنشاء العقد ويسمى أحدهما إيجاب والآخر قبـــولا

---

(١) سبق تخريجها .

وهذا عند عدم الخلاف والإيجاب معناه لغة الإثبات والالتزام [١] واصطلاحا هو ما يذكر أولا من كلام أحد المتعاقدين أو ما يقوم مقامه [٢]

وأما القبول فهو لغة اللزوم [٣] واصطلاحا هو ما يذكر ثانيا من كلام أحد المتعاقدين دالا على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول [٤] والمعول عليه من الصيغة حصول الرضا من الجانبين أما إذا حدث خلاف بين المتعاقدين فإن كان المتعاقد بينهما بلفظ الماضى المجرد من الاستفهام كبعت أو اشتريت فلا خلاف فى أن العقد قد تم بينهما ولا تقبل دعوى أحدهما أنه لم يرد العقد ما دام القبول كان على وفق الإيجاب فان كان التعاقد بلفظ المضارع الدال على الحال والمجرد عن السين وسوف فى الإيجاب والقبول أو كان أحدهما بلفظ الماضى أو الآخر بلفظ المضارع فكذلك يدل على تمام العقد إلا إذا حلف الموجب المستعمل لصيغة المضارع أنه لم يرد

---

(١) مختار الصحاح ص٧٠٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٦ ، البحر الرائق جـ٥ ص٢٨٣ .

(٣) المصباح المنير جـ ١ ص ١٨٦ .

(٤) البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٨٤ ، الفتح القدير جـ ٦ ص ٢٨٤ .

البيع وأنه كان هازلا مثلا ففى هذه الحالة تقبل دعواه فإن لم يحلف لزم البيع . فإن كانت صيغة العقد بلفظ الأمر فى الإيجاب كخذ منى هذه السلعة بكذا فقال الآخر قبلت فإن كانت هناك قرينة على إرادة الحال صح العقد فإن ادعى مستعمل صيغة الأمر أنه لم يقصد إنشاء العقد بهذا اللفظ وأنه قصد به مجرد الوعد فإنه يصدق بيمينه . وكذلك الحكم لوكان أحد اللفظين بصيغة الأمر والآخر بصيغة المضارع مثل بعنى هذه السلعة بكذا فقال الآخر أبعها لك بذلك . والحكمة من قابلية صيغتى المضارع والأمر لدعوى عدم ارادة انشاء العقد انهما ليسا صحيحين فى الدلالة على الرضا باتمام العقد إذ فى حالة استعمال لفظ الأمر يحتمل أن يكون قد قصد أمره بالعقد والأمر بالشئ غير حصول الرضا بالعقد على هذا الشيء إذ الرضا هو المشترط لصحة العقد ، كما أنه يكون القصد من لفظ المضارع الوعد بالشراء ومحل قبول التراجع عند العقد إذا لم تقم قرينة على إرادة التعاقد فإن وجدت فلا ، كما إذا قال المشترى اشتريت السلعة بخمسين فقال البائع لا . فقال له بستين فقال البائع لا

فقال المشترى بكم تبيعها ؟ فقال بمائة . فقال قد أخذتـــها بالمائة . فإن هذه المساومة وهذا التردد بينهما قرينه على إرادة التعاقد و حيئنذ لا تقبل دعوى البائع بعد ذلك أنه لم يرد البيع ولو حلف علـــى دعـــواه لأن هـــذه القرينـــة تكذبه .(١)

ومثال التعاقد بطريق الكتابة أنـــه يكتـــب أحـــد الطرفين إلى الآخر بطلب أو التعاقد على شيء معلـــوم لهما أو شرائه ، فمجرد قراءة الآخر للكتاب ورده عليـــه بالقبول ، يكون قد تم العقد بينهما . أما الرسالة فتكـــون بإرسال شخص يحمل رغبة أحد الطرفين إلى الطـــرف الآخر فبمجرد سماع الآخير لحكاية الرغبة من الرســـول وقبوله ما عرض عليه فإن العقد يكون قد تـــم بينـــهما ، وكذلك الاشارة المفهمة ما دام الثمن معلوما لهما .

حكم البيع بالتعاطى : -

المعاطاة هى أن يدفع أحد الطرفين الثمن للآخـــر مقابل أخذه السلعة منه دون أن يتلفظ أحدهما بإيجـــاب أو

---

(١) حاشية عابدين جـ٤ ص٥١٠، ٥١١ ، المغنى جـ٣ ص٥١٦ ، والمجموع جـ٩ ص١٥٥ ، الشرح الكبير جـ٣ ص٣ .

قبول اكتفاء بدلالة هذا الفعل أو التصرف علـــى وجـــود الرضا منهما أو يتلفظ أحدهما بالإيجاب كأن يقول بعنـــى هذه السلعة بألف فيدفع له الآخر السلعة وهو ســـاكت أو العكس بأن يقول أحدهما خذ هذه السلعة بألف فيدفع لـــه الآخر الألف ويأخذ السلعة وهو ساكت والصحيح المعتمد عند فقهاء الحنفية أن البيع بالتعاطى يصح فى الأشـــياء كلها نفيسها وخسيسها سواء كان التعاطى من الجانبين أو من جانب واحد ما دام الثمن والمثمن معلومين لهما كمـــا أن الرضا حاصل منهما وعليه الفتوى .[١] وذلك لعموم لفظ البيع قال تعالى : [وأحل الله البيع] وقد كان البيـــع موجودا وقت نزول هذه الآية بطرقـــه المختلفـــة التـــى تعارف الناس عليها وبعضها كان بالمساومة وبعضـــها الآخر بالإيجاب والقبول وبعضها بالأخذ والإعطاء لمـــا علم ثمنه وغير ذلك من طرق البيع ولم يحـــدد ســـبحانه وتعالى صيغة خاصة لدلالة على هذا التراضى وتـــرك الأمر للعرف ، ولم يعرف عنه صلى الله عليه وسلم أنـــه

---

(١)حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥١٣ وما بعدها .

نهى عن بعض أنواع البيوع الفاسدة التى كانت شائعة فى الجاهلية كبيع المنابذه والملامسة وغيرها .

وقد ظل المسلمون يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة طيلة القرن الأول والثانى ولم يصل إلينا إنكار أحد من أهل العلم ذلك التصرف

حتى نشأ ذلك الخلاف فى القرن الثالث الهجرى .

الشرط الثاني : - أن لا يوجد فاصل طويل بين الإيجاب والقبول يفهم منه الأعراض عن التعاقد فإن وجد فاصل يسير فلا يضره . ومرجع معرفة الفاصل اليسير أو الطويل هو العرف فمثلا إذا قال الموجب بعتك هذه السيارة بعشرة آلاف جنيه فسكت المشترى ، ثم قال بعد لحظة قبلت السيارة بهذا المبلغ فإن العقد ينعقد ويلزم لأن الفاصل هنا يسير ، فإن طال السكوت بحيث يعتبر العرف أن المشترى غير راغب فى اتمام الصفقة ، أو دخل المشترى فى موضوع آخر مع بعض الجالسين لا صلة له بموضوع الصفقة وانشغل به عنه فإن ذلك يعتبر أعراضا عن إتمام العقد فإذا أبدى بعد ذلك رغبة فى إتمام العقد فلابد من إيجاب وقبول جديدين وذلك للتحقق

من بقاء شرط الرضا المنصوص عليه فى قوله تعالى : [إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم] (١)

الشرط الثالث : - أن يرد القبول على وفق الإيجاب فى عين السلعة وقدر الثمن وصفته والحلول والأجل وغير ذلك من العناصر الجوهرية فى الثمن والمثمن . فلا يصح أن يرد الإيجاب على شىء ويرد القبول على بعضه أو على شىء أخر مثل أن يقول البائع بعتك هذه السلعة بخمسة آلاف جنيه صحيحة فيقول المشترى قبلتها بخمسه آلاف مكسرة أو يقول البائع بعتها لك بخمسه آلاف حالة فيقول المشترى قبلتها بخمس آلاف مؤجلة وهكذا . فمثل هذا العقد لا يصح ولا يلزم أى من الطرفين لعدم تحقق رضاهما .

---

(١)سبق تخريجها – حاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥٢٧ وما بعدها وكشاف القناع جـ٣ ص١٤٧ ، الشرح الكبير جـ٢ ص١٥٤ .

المطلب الثالث

المعقود عليه من ثمن ومثمن

يشترط لتحقيق هذا الركن على وجه يصح معـــه العقـد أربعة شروط :

الشرط الأول : - أن يكون المعقود عليه طاهر العيـــن فإن كان نجسا نجاسة أصلية لحذرة وفضلات غير مبـاح الأكل والخمر والخنزير والكلب وكل ما كان نجس العين فلا يجوز بيعه وذلك للإجمـــاع علـــى نجاســـة العـذرة وفضلات غير مباح والأكل ولأنه صلى الله عليه وسلم [نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن] وفـــى حديث آخر [إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخـــنزير والأصنام](١)ويلحق بنجس العين المتنجـــس الـــذى لا يمكن تطهيره كالخل والدهن واللبن والسمن وغير ذلـــك من المانعات التى أصابتها نجاسة لا يمكن فصلها عنـــها لقوله صلى الله عليه وسلم [إذا وقعت الفأرة فى الســـمن فإن كان جامدا فألقوها وما حولها وإن كان مائعـــا فـــلا

---

(١)صحيح البخارى جـ٥ ص١٣١ .

تقربوه] رواه أحمد وأبـو داود ويلحـق بالسـمن كـل المانعات ، أما المتنجس الذى يمكن تطهيره فيجوز بيعـه بشرط أن يبين البائع ما فيه من النجاسة للمشترى مطلقـا أى سواء كان جديدا أم لا يفسـده الغسـل أم لا ، كـان المشترى يصلى أم لا لأن النفوس تعاف ما فيه النجاسة فإن لم يبين ما فيه من النجاسة وجب للمشترى الخيـار بين الرد والإمضاء . (١)

الشرط الثاني : - أن يكون المعقود عليه مما ينتفـع بـه انتفاعا شرعيا ولو كان غير ماكول اللحم فيجـوز بيـع البغال والحمير ودود القز ونحو ذلك من كل ما ينتفع بـه انتفاعا شرعيا . وأما ما لا ينتفع به انتفاعا شرعيا فـلا يجوز بيعه كالحشرات غـير الماكولـة مثـل الحيـات والعقارب والفئران والخنافس والنمل ، وكذلـك السـباع وغير النافعة كالأسد والذئب والنمر ونحوهمـا بخـلاف السباع التى ينتفع بها كالضبع الذى يستفاد به فى الأكـل والفهد الذى يستفاد به فى الصيد والفيل الذى يستفاد بـه

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٣ ص١٠

فى القتال ونحو ذلك فإنه يجوز بيعها [١] ومما لا يجـوز بيعه الآت اللهو كالعود والمزمار ونحوهما إذا القصد هو استعمالها فيما ضعت له لعدم الانتفاع بذلك شرعا ، أمـــا إذا كان المقصود هو خشبها أو الأجهزة المكونة منها هذه الآلات لاستعمالها فى أمور أخـــرى نافعـــة فـــلا بـــأس ببيعها . [٢]

الشرط الثالث : أن يكون مقدورا على تســليمه وتســلمه حال العقد لأن ما لا يقدر على تسليمه شـــبيه بـــالمعدوم والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه وبناء على ذلك فلا يصح بيع السمك فى الماء ولا الطير فى الهواء فإن كـان الماء صافيا وعلم السمك أو أمكن أخذه بيسر فلا بـــأس من بيعه ، وكذلك الطير إن وجد فى ابراجه المغلقة عليه وأمكن أخذه بسهولة . ومما لا يصح بيعه الإبل والبقـــر التى تركت فى المراعى الجبلية زمنا حتى توحشت ولـــم يقدر عليها إلا بعسر وكل ما لا يقدر على تســــليمه ولا

---

(١)الهداية جـ٣ ص٧٩ .

(٢) شرح المنهاج جـ ٢ ص ٥٨ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢ ، الأخ الكبير جـ ٣ ص ١٠ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠٧ .

يجوز بيع المغصوب لغير غاصبه ، أما بيع المغصـــوب لغاصبه فهو جائز . (١)

<u>الشرط الرابع :</u> أن يكون المبيع معلوما لهما وقت العقـــد أو قبله بقليل بحيث لا يحدث تغير من حين الرؤية إلـــى حين العقد لأن الجهل به فى ذلك الحين فبه غرر وهـــو يؤدى إلى المنازعة والخصومة وقت التســـليم ويتحقـــق العلم بالمبيع أما برؤيته جميعه أو بعضه ان كان رؤيـــة هذا البعض كافية لحصول العلم بالباقى كالنظر إلى وجـــه الصبرة ، فإنه كاف فى إفادة العلم بالباقى ما دام الجميـــع متحدا فى الصنف والجودة ويحصل العلم بوصف المبيـــع وصفا تنتقى وصفا تنتفى معه الجهالة به (٢) .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٠٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠٥ .

المبحث الثانى
أنواع البيوع الجائزة وغير الجائزة

لما كان الأصل فى الأشياء الإباحة ، وأن الحرمة طارئة جرت عادة الفقهاء أن يذكروا صور البيوع غير الجائزة لأنها محصورة ، وأن لا يتعرضوا لذكر صـــور من البيوع الجائزة على اعتبار أنها الأصل وأن كل عقـد لم يرد من الشارع فهى عنه فهو جائز مادام قـــد أنعقـد برضا الطرفين لكن لوحظ أن كثيرا من صـــور البيـــوع الجائزة ذكرها بعض الفقهاء فى ثنايا البيوع غير الجائزة لعدم شمول النهى لها قال تعالى (وما جعل عليكم فــــى الدين من حرج) [1] ومن ثم أبدأ بذكر صور من هـــذه البيوع الجائزة ليرى المسلمون ما فى دينهم من الســـعة والرحمة.

---

(١) سورة الحج آية رقم ٧٨

المطلب الأول

حكم بيع الهواء فوق الهواء

بينا فيما سبق أن عقد البيع إذا استوفى أركانه وشروطه وانتفت موانعه كان صحيحا لازما ، وإلا كان العقد باطلا أو صحيحا لكنه غير لازم ومن الصور الجائزة هى صورة التعاقد على بيع هواء فوق هواء : كأن يقول شخص لصاحب أرض بعنى عشرة أمتار فوق ما ستبنيه على أرضك ، وأولى لو كان المبيع هواء فوق بناء موجود بالفعل حين التعاقد ، وشرط صحة هذه العقد أن يوصف البناء الأعلى والأسفل من حيث العظم والخفة والطول والعرض والقصر والارتفاع . ومن حيث المادة التى سيبنى بها هل ستكون من الحجر أو الآخر أو الخرسانة المسلحة أو غير ذلك . ولا يشترط أن يكون الوصف مكتوبا أو ملفوظا به ، بل يكفى أن تجرى العادة به وإنما يشترط وصف البناء لاختلاف رغبة صاحبى البناء الأعلى والأسفل ، إذ صاحب الأسفل يرغب فى خفة بناء الأعلى وصاحب الأعلى يرغب فى ثقل بناء الأسفل فإذا وصف كل بناء منهما انتفى الغرر والجهالة

ويملك صاحب الهواء الأعلى جميع الهواء الذى يقع فوق بناء الأسفل ولكن ليس له أن يزيد على ما شرط عليه إلا برضا صاحب الأسفل وهذا العقد لازم فإن أنــــهدم أحــد البناءين لا يؤدى إلى فسخ العقد ، بل إذا أنهدم الأسفل أو ضعف وجب على صاحبه أو وارثه أو المشترى منعــــه إعادة بنائه أو إصلاحه ليتمكن صـــاحب الأعلـــى مـــن الانتفاع بحقه ، وإذا انهدم الأعلى أو ضعف كان لصاحبه أو وارثه أو للمشترى منه أعادة بنائه أو إصلاحه حتـــى يعود إلى ما كان عليه لأن ملكيته له على التأبيد . (١)

المطلب الثانى
التعاقد على المبيع بالوصف

يجوز التعاقد على المبيـــع بـــالوصف إذا دعـــت الضرورة إلى ذلك بأن كان المبيع غائبا عن مجلس العقد بحيث يتعذر إحضاره أو كان فى مجلس العقد أو قريبـــا منه ولكن يتعذر رؤيته لكونه فى ظرف مغلق ويفســـده

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٣ ص ١٤ ، المدونة جـ ١٠ ص ٢١٩ ط دار صادر بيروت .

الفتح حيث العقد كأوعية الخل التى لم تكتمل مدة تخللـــها بعد ، ومن هذا النوع ما يطلق عليه الفقهاء بيع البرنـــامج أى بيع ما فى الظرف المغلق على حســـب الأوصـــاف المدونة فى البرنامج . والبرنامج هو الرسالة التى يرسلها البائع إلى المشترى ويذكر له فيها كل الأوصاف التـــى تهمه فى المبيع لكن للمشترى الخيار عنـــد الرؤيـــة لأن الرؤية من تمام العقد فإذا تخلفت كان العقد صحيحا ولكن يثبت الخيار للمشترى عند رؤية المبيع . [١] ومثال البيـــع على البرنامج أن يشترى شخص من أخر ثيابا محشـــوة داخل جوال أو صندوق من الخشب أو محمولـــة علـــى إحدى وسائل النقل المختلفة على أن يعتمد المشترى فـــى معرفته بالصفقة من حيث العدد والأوصاف وغير ذلـــك من المعلومات الأخرى التى يحتاج إليها فى التعاقد علـــى البيانات المدونة فى الأوراق المرفقة مـــع الصنـــدوق أو الجوال أو التى يحملها الشخص المرافق للصفقة وعلـــة جواز هذا البيع هو الضرورة التجارية أى تيسيرا علـــى التجارة فى التعامل فيما بينهم أو بينهم وبيـــن المنتجيـــن

---

(١) المغنى جـ ٣ ص ٥٨٢ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٦ ، ٢٧ ، الهداية جـ ٢ ص ٢٢

للسلع من أصحاب المصانع وغيرهم لان حل الأوعية المقفلة واخراج ما فيها لتقليلها والنظر فيها فيه حرج ومشقة على البائع لما يترتب على ذلك من تلويث السلعة وابتذالها وذهاب رونقها ثم تكلفة إعادة مرة أخرى إلى أوعيته وربطه إذا لم يرضى به المشترى وما يترتب على ذلك كله من إضاعة للجهد والوقت والمال والأصل فى تجويز العقد بهذه الصورة تفسير النبى صلى الله عليه وسلم للملامسة حيث قال : (لا ينظرون إليه ولا يخبرون عنه) حيث دل على أن الأخبار عن السلعة جائز وهو خارج عن ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم .(١)

(١) فتح البارى جـ ٥ ص ٢٦٢ ط مصطفى الحلبى .

المطلب الثالث

التعاقد على بيع الشيء جزافا

الجزاف هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد نحو أن يشترى شخص صبرة طعام مجهولة القدر بمائة جنيه مثلا والأصل فيه عدم الجواز لوجود الجهل بمحل العقد ، لكن الشارع اجازة تخفيفا على المتعاقدين من مشقة الكيل فيما يكال أو مشقة الوزن فيما يوزن أو العد فيما يعد .[١]

والأصل فى صحة بيع الجزاف ما روى عن بن عمر رضى الله عنهما قال لقد رأيت الناس يبتاعون جزافا يعنى الطعام يضربون أن يبيعوه فى مكانهم حتى يؤووه الى رحالهم [٢] ولما كان الجواز شرعى لضرورة المشقة فقد وضع بعض الفقهاء ضوابط هذا الجواز وذلك فيما يلى : -

---

(١) المجموع جـ ٩ ص ٣٠٣

(٢) صحيح البخارى جـ ٥ ص ٢٥٤ .

الأول : أن يرى العاقد محل العقد أثناء التعاقد أو قبلـــه واستمرت معرفتها به إلى وقت العقد وتكفى رؤية بعضه المتصل به مثل رؤية الثمـــار علـــى رؤوس الأشـــجار وسنابل القمح والشعير فى عيدانها فإن ذلك كـــاف فـــى تحقيق هذا الشرط .(١)

الثانى : أن يجهل المتعاقد أن قدر المبيع مـــن كيـــل أو وزن أو عدد فإن علمه أحدهما فلا يجوز العقد سواء علم صاحبه بعلمه أم لا لتوفر قصد الخديعة عند العالم منـــهما فى الصورة الأولى ودخولهما على المقرر فـــى الثانيـــة وهى علم الطرف الآخر بأن صاحبه يعرف قدر المبيـــع وفى حالة فساد العقد يرد المبيع أن كـــان قائمـــا لـــدى المشترى وإلا لزمه رد قيمته للبائع واسترد هـــو الثمـــن الذى (٢) دفعه .

الثالث : استواء الأرض التى يوجد عليها الشى المـــراد بيعه جزافا فإن ظهر بعد العقد علوا فى الأرض كان الخيار للمشترى وإن ظهر انخفاض كان الخيار للبائع (٣)

---

(١) المجموع ص٩ ص٣٠٣ ، الشرح الكبير ص٣ ص٢٠ ، كشاف القناع ص٣ ص١٦٩ .

(٢) حاشية الدسوقى ص٣ ص٢٠

(٣) كشاف القناع ص٣ ص١٦٩

الرابع : أن لا تقصد أفراده فإن قصدت أفراده بـــالثمن كالدواب والثياب والدراهم والدنانير والفلوس فلا بد مـــن عده ولا يجوز بيعه جزافا .

الخامس : أن يشق عده وذلك إذا كان مما يعد كـــالبيض أما ما شأنه الكيل كالحب أو الوزن كالزيتون فلا يشـترط فيه وجود المشقة .

السادس : أن يحذر المبيـــع بـــالفعل أى أن يمكنـــهما معرفته بالتقريب سواء كان الحذر منهما أو من وكلاه

السابع : أن لا يكثر المبيع جدا بحيث يتعذر حذره فـــإن كثر جدا فيمنع سواء كان مما يكال أو يوزن أو يعد

المطلب الرابع

بيع المزايدة

بيع المزايدة : هو أن يعرض صاحب السلعة سلعته فـــى السوق ثم ينادى هو أو شـــخص ينتـــدب لذلـــك عليـــها بقوله :-

من يزيد على هذا الثمن أى الذى ســـماه أحـــد مريـــدى الشراء ، وآخر سعر تصل إليه السلعة يعتبر هو ثمنـــــها الذى يقع عليه التعاقد ، وصاحبه يعتـــبر هـــو الطـــرف

الآخر فى العقد والأصل فى جواز هذا العقد هو ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه باع قدحا وجلسا يبيع من يزيد [١] (ومجمل الحديث هو ما رواه أنس بن مالك رضى الله عنه عن رجل من الأنصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر ذلك له ، فقال : ما عندى شئ اذهب فأتنى بما كان عندك فذهب فجاء بحلس وقدح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا الحلس والقدح فقال رجل أنا آخذهما بدرهم ، فقال : من يزيد على درهم ؟ فسكت القوم . قال من يزيد على درهم فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين قال : هما لك ، ثم قال : إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة لذى دم موجع ، أو فقر موقع أو عزم مفظع) ولأن بيع المزايدة بيع الفقراء ، وأن الحاجة ماسة إليه .[٢]

---

(١) الهداية ص٣ ص١٨٣

(٢) الهداية ص٣ ص٥٤

المطلب الخامس

بيع الحب فى سنبله

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بجواز بيع الحـــب فى سنبله ما دام قد اشتد ووصل إلـــى مرحلـــة النضـــج والاستواء سواء كان فى شجره أو بعد حصـــده وســـواء كان حزما أو منقوشا وسواء كان من النوع الذى تظـــهر حباته من قشره كالشعير أو الذرة ، أو من النوع الذى لا ترى حباته كالحنطة والعدس والحمص والسمسم [١] وذلك لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عـــن بيـــع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد والحديـــث عام لم يفرق بين نوع ونوع بل هو عام فى كـــل حـــب اشتد سواء كانت تظهر حباته من سنبله كالشـــعير أم لا تظهر كالحنطة ولا دليل على التفرقة . ولان الغرر هنـــا خفيف يمكن احتماله لأن وصول الحـــب إلـــى درجـــة الاشتداد والنضج يؤمن عليه فيها مـــن الجوانـــح التـــى تصيب هذا المحصول هذا من جهة ومن جهـــة أخـــرى

---

(١) المجموع ص٩ ص٢٩٥

يمكن الاطلاع على مقدار حجم الحبة وصفتها ومن ثـــم ينتفى عنها الغرر .

المطلب السادس

البيع مع الشرط

الشرط معناه لغة : إلزام الشىء والتزامه فى البيع ونحوه [(١)] **واصطلاحا :** هو ما يلزم من عدمه عدم المشـــروط ولا يلزم من وجوده وجودِ المشروط ولا عدمه . أو هـــو ما توقف الشىء على وجوده ولـــم يكـــن جـــزءا مـــن حقيقته . [(٢)]

البيع مع شرط يقتضيه العقد : -

وذلك بأن يشترط أحد المتعاقدين شيئا يكون مـــن مقتضيات العقد شرعا كالتقابض وحلول الثمن وتصريف كل واحد من المتبايعين فيما يصير إليه من ثمن أو مثمن ، ورد السلعة إذا اظهر فيـــها عيـــب ورد العـــوض إذا

---

(١) المصباح المنير ص١١٨ ، القاموس المحيط جـــ٢ ص٢٨١ مطبعة مصطفى الحلبى .

(٢) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول جـــ١ ص٩٨ ط على صبيح .

انتقص العقد فمثل هذا العقد صحيح مع اشتماله على هذا الشرط لأن الواقع أن هذه الأمور لازمة للعقد شرعا وإن لم يشترط فيه . والشرط هنا يعتبر تأكيدا لما يقتضيه . العقد شرعا ولم يأت بالتزمات جديدة على أحد المتعاقدين حتى يمكن النظر فى صحة العقـــد مـــن خـــلال هـــذه الالتزامات [١]

البيع مع شرط لا يقتضيه العقد : -

وهو أن يشترط فى العقد شرطا لا يقتضيه العقـــد ولكنه يعود على أحد الطرفين بالفائدة كاشتراط شـــىء يتوثق به البائع مثل أن يبيعه السلعة بثمن مؤجل علـــى شرط رهن أو حميل . أو لأجل غير معلوم للثمن مـــن غير رهن ولا حميل أو يشترط المشترى خيار الثـــلاث أو كون البقرة حلوبا ونحو ذلك من الشروط التى تفيـــد أحد العاقدين ولا تنافى مقتضى العقد فإن مثل هذا العقد يصح ويلزم ويحكم بالشرط لمشترطه فإن تخلف الشرط يثبت له الخيار نظرا لاختلاف رغبـــات النـــاس فيمـــا يشترونه من السلع فإن لم يثبت هـــذا الشـــرط فـــأتمت

---

(١) كشاف القناع جـ٣ ص١٨٩ ، حاشية الدسوقى جـ٣ ص٦٥ ، المجموع جـ٩ ص٣٥٨

الحكمة من الشراء . أما إذا اشترط البائع نفعا مباحا معلوما فى المبيع مثل أن يشترط البائع سكنى هذه الدار التى باعها مدة شهرا أو أكثر أو أقل أو ركوب الدابة التى باعها مسافة معلومة فإن العقد صحيح والشرط لازم إذ كل ما فى الأمر أنه اجتمع فى العقد بيع وإجاره وهو جائز بشرطين :

الأول : أن تكون المنفعة معلومة للطرفين وذلك بأن تحدد بمدة معينة

الثانى : أن يدخل على ذلك أبتداء أى أثناء التعاقد على المبيع فإذا وقع العقد على هذه الصورة مقيد بهذين القيدين فلا مانع من صحته ولزومه لكلا الطرفين وذلك لأن هذه الصورة كثيرة الوقوع فى الحياة العملية فكثيرا من المنازل المسكونة من أصحابها أو من آخرين تباع مع استثناء المدة التى سيسكنها البائع أو الشخص المستأجر منه 'لى أن يتسلمها المشترى بعد انتهاء هذه المدة وفى ذلك من التيسير على المتعاقدين وغيرهما ما فيه وهذا هو روح الشريعة السمحة .

أما إذا اشترط أحد الطرفين شرطا فيه منفعة لأحد الطرفين لكنه يخل بالثمن أو المثمن . وذلك بأن يبيع أحد الطرفين سلعة للآخر بألف مثلا على أن يسلفه المشترى ألفا آخرى وينص على العقد ذلك في العقد ففى هذه الصورة اخلال بالثمن أى كأن البائع أخذ في مقابل الألف المتفق عليها باعتبارها ثمنا ثم الانتفاع بالسلف فقد صار الثمن أكثر من الألف المتفق عليها فإذا كان الاشتراط من جانب المشترى كأن يقول بعني هذه السلعة بألف واسلفنى ألفا لأدفعها ثمنا لها فكأن ثمن السلعة صار أقل من الألف المتفق عليها وفي هذا اخلال بالثمن فهذا الشرط وأمثاله يبطل العقد لأنه ينافى مقتضى العقد (١)

---

(١) المراجع والمواضع السابقة .

المبحث الثالث

البيوع غير الجائزة

من المعلوم أن البيع إذا تحققت أركانه وشـرائطه وانتفت عنه موانعه صح ولزم وإن تخلف فيه شـوط أو وجد به مانع فسد العقد أو انعقد صحيحا غير لازم ومن ثم فسأذكر هنا بعض الصور للبيـوع الفاسـدة بسـبب تخلف شرط من شرائطه التى يجب تحقيقـها فيـه أو بسبب وجود مانع من انعقاده .

١ – ما حكم التصرف فى المبيع قبل قبضه : –

إذا اشترى شخص طعاما أو دارا أو نحوهما فهل يجوز له التصرف بالبيع فيما اشتراه قبل قبضـه مـن بائعه ؟ الجواب أن التصرف فى كل شىء قبل قبضـه ممنوع سواء كان مما يكال أو يوزن أو يعـد أم لا . إلا العقار فقد جاز أبو حنيفة وأبو يوسف بيعه قبل قبضـه ومنعه محمد بن الحسن(١)

٢ – حكم بيع العربون : –

---

(١) الهداية جـ٣ ص٥٩ .

العربون بضم العين والباء واسكان الراء هو : أن يدفع المشترى عشرة جنيهات مثلا للبائع على أنــــه إن ترك السلعة ولم يتم التعاقد عليها كانت العشرة جنيــهات للبائع ولا يردها للمشترى فإن تم التعاقد حسبت العشرة جنيهات من ثمن الصفقة وكذلك فى الاجارة أن يدفــــع المستأجر للمؤجر مبلغا من المال على أنه أن تم عقـــد الاجارة حسب المبلغ من الأجرة وإن لم يتم العقد كـــان المبلغ للمؤجر ولا يرده للمستأجر . [١]

والأصل فى النهى عن هذا العقد هو نهيه صلـــى الله عليه وسلم عن بيع العربان [٢] ولأن هـــذا العقـــد يشتمل على شرط مناف للمبادئ العامة فـــى الشـــريعة الإسلامية ومنها مبدأ عدم جواز أكـــل أمـــوال النـــاس بالباطل لأن المبالغ الذى سيمتلكه البائع بدون عـــوض فى حالة عدم نفاذ العقد هو من هذا القبيل . لأنه بمنزل الخيار مجهول المدة . [٣]

---

(١) نيل الأوطار جـــ٥ ص١٧٣ بتصرف .

(٢) نيل الأوطار المرجع السابق .

(٣) المغنى جـــ٤ ص٢٥٧ .

٣ – حكم التعاقد علـــى بيـــع مـــا يعيـــن علـــى المعصية : –

لا يجوز بيع العصير لمن يريد أن يصنعه خمرا ، ولا يبيع الأرض لمن يتخذها كنيسة أو خمارة ، وكذلـك بيع الخشبة لمن يتخذها صليبا ، والنحاس لمن يجعلـــه ناقوسا ، وكذلك بيع الآت الحرب للحربيين بل وكل مـــا فيه إعانة على حرب المسلمين من حديد أو نحـــاس أو أوعية أو أخبية ، وكذلك الحال فى بيع السلاح فى وقت الفتنة بين المسلمين ومحل المنع هنا مقيد بما إذا كـــان البائع يعلم أن مشترى هذه الأشياء سيستخدمها فى هـذه الأغراض . و إلا يعلم فلا بأس ، ويعرف ذلك بـــالقول أو بقرائن الأحوال والأصل فى هذه المسألة عن أنـــس رضى الله عنه قال : [لعن رسول الله صلى الله عليـــه وسلم فى الخمر عشرة عاصرها ومعتصرها وشاربها ، وحاملها ، والمحمول إليه ، وساقيها ، وبائعها ، وآكـل ثمنها ، والمشترى لها ، والمشتراة له] (١)

---

(١) نيل الأوطار جـ٥ ص١٧٤ .

ولأن التعاقد على مثل هذه الأشياء فيـــها أعانـــه على المعصية ونحن مأمورون بمحاربة المعصية بكـــل جهد مستطاع ، وكل ما يؤدى إلى الآثم فإنه يأخذ حكمه أعمالا لقاعدة سد الذرائع .

٤ - حكـم التعـاقد علـى البيـع وقـت نـداء الجمعة : -

اتفق الفقهاء على عدم مشروعية البيع ومـــا ورد فى معناه من كل ما يشغل المسلم عن صـــلاة الجمعـــة ابتداء من النداء الثانى وهو الذى ينادى به الإمام علـــى المنبر إلى حين الفراغ من الآذان وذلك فى حـــق مـــن تلزمه الجمعة لقوله تعالى : [يا أيها الذيـــن آمنـــوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاســـعوا إلـــى ذكـــر الله وذروا البيع ذالكم خير لكـــم إن كنتـــم تعلمـــون] (١) واختلف الفقهاء بعد ذلك فى مدى هذا النهى هل يصـــل إلى الحرمة أم الكراهية ؟ وعلى القول بالحرمة يحـــرم البيع والشراء وما ورد فى معنى البيع مـــن الشـــركة والرهن وغير ذلك من العقود وكذلك بقية الصناعـــات

(١) سورة الجمعة أية رقم (٩)

والأعمال وبالجملة كل ما يشغل عن الحضـــــور إلـــى الجمعة من وقت الآذان الثانى حتى نهاية الصلاة .

ووجه دلالة الآية على حرمة هذه التصرفات أنـــه اجتمعت فيها صيغتان لطلب ترك البيع . أولهما : الأمر بالسعى إلى الصلاة ويلزم منه عدم مباشـــــرة البيـــع . وثانيهما : الأمر الصريح بترك البيع . والعقد يتم وقـت النداء هو صحيح ونافذ إذا وقع لأن النهى يتعلق بـــأمر خارج عن العقد وهو الانشغال عن صـــــلاة الجمعـــة والنهى الخارج عن العقد غير الملازم له لا يفسده .

٥ – حكم التعاقد بالبيع على بيع سابق : –

اتفق الفقهاء على عدم مشروعية هذا التعاقد فـــى الجملة لقوله صلى الله عليه وسلم : [لا يبـــع بعضكـــم على بيع أخيه] (١)

وزاد النسائى [حتى يبتاع أو يذر] وصورته فى حالة البيع على البيع أن يقول من يريد التعاقد الثـــــانى للمشترى فى زمن خيار الشرط أو قبل نقضـــاء خيـــار

---

(١) صحيح البخارى جـــ٥ ص٢٥٦ .

المجلس رد هذه السلعة إلى بائعها لأبيعك مثلها بأقل من ثمنها الذى اشتريتها به وصورته فى حالة الشراء على الشراء أن يقول من يريد التعاقد الثانى للبائع . رد هذا الثمن أو افسخ هذا العقد لا شترى هذه السلعة منك بأكثر من الثمن الذى دفعه هذا المشترى لك فهذا العقد مكروه ولا يفسد به البيع [١]

المبحث الرابع

صور من البيوع المنهى عنها للغرر

بيع الغرر هو البيع الذى ينطوى على جهالة فى عين المبيع أو من صفة من صفاته الجوهرية مثل بيع السمك فى الماء أو الطير فى الهواء وهو مفسد للعقد وإليك صور من بيوع الغرر : -

١ - بيع الملامسة والمنابذة : -

الملامسة : أن يبيع الشخص لآخر ثوبا من غير رؤية ولا نظر بل يتفقا على لزوم البيع بمجرد اللمس .

والمنابذة : أن يقول المشترى للبائع : أى ثوب نبذته

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص١٢٤ ، الهداية جـ٣ ص٥٣ .

إلى فقد اشتريته بكذا ولا خلاف بين الفقهاء فى فساد هذا العقد للجهالة والتعليق على شرط (١)

والدليل على فساد هذا العقد ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم [نهى عن بيع المنابذة] ، وهى طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر فيه ، ونهى عن الملامسة والملامسة : لمس الثوب لا بنظر إليه . (٢)

٢ - بيع الحصاة : -

بيع الحصاة : هو أن يتفق الطرفان أو يجرى عرف على بيع

الثوب من هذه الأثواب بواسطة الحصاة التى يرمى بها المشترى على أحدها . أو يقول بعتك من هذه الأرض ما انتهت إليه هذه الحصاة ثم يرمى الحصاة ، والأصل فى فساد هذا العقد ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم [نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر] (٣)

---

(١) المغنى جـ٤ ص٢٢٩ .

(٢) صحيح البخارى جـ٥ ص٢٦٢ .

(٣) نيل الاوطار جـ٥ ص١٦٦ .

٣ – بيع الملاقيح والمضامين : –

بيع الملاقيح هو بيع ما فى بطون الأنعام وهى الأجنة . وهو أحد بيوع الجاهلية . أما بيع المضامين : فهو بيع ما فى أصلاب الفحول وقد كانوا فى الجاهلية يبيعون ما فى أصلاب الفحول لمدة عام أو أعوام والدليل على فساد هذه العقود ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم [نهى عن بيع المضامين والملاقيح] رواه مالك فى الموطأ . وفى رواية أنه[نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ضراب الفحل] (١) ويشمل النهى ما كان يتبايعه أهل الجاهلية من بيع حبل الحبلة وهو نتاج ولد الناقة . والعلة فى النهى أنه بيع معدوم ومجهول وغير مقدور على تسليمه وكل ذلك يدخله فى بيوع الغرر ولا خلاف بين العلماء فى فساد هذه العقود كلها (٢)

٤ – حكم التعاقد على بيعتين فى بيعة : –

---

(١) نيل الأوطار جـ٥ ص١٦٥ .

(٢) الشرح الكبير جـ٣ ص٥٧ ، والمغنى جـ٤ ص٢٣٠ ، شرح منهاج الطالبين جـ٢ ص١٥٦ ، الهداية جـ٣ ص٤٣ .

التعدد هنا باعتبار الثمن بالنسبة للسلعة الواحـــدة كأن يقول : أبيعك هذه السلعة بمائة جنيه نقدا وبمـــائتين إلى سنة مثلا كما يكون التعدد أيضا فى السلعة بالنســبة للثمن الواحد كأن يقول : بعتك أحدى هاتين الســـلعتين المختلفتين بمائة جنيه وهذا تعاقد فاسد ودليله مـــا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : [فمـــن بـــاع بيعتين فى بيعة فله اكســـهما أو الربـــا] (١) أى فلـــه انقصهما أو يكون قد تعامل بالربا .

٥ – حكم التعاقد على بيـــع الثمـــر قبـــل بـــدو صلاحه : –

تنطوى هذه الصورة على مجموعة من الحـــالات التى تختلف حكم العقد فيها تبعا لاختلاف رغبة المتعاقد وسنتناول هذه الصور فيما يأتى : –

الصورة الأولى : بيع الثمر قبل بدو صلاحـــه بشـــرط التبقية : –

---

(١) سنن ابى داود جـــ٢ ص٢٤٦ .

لا يصح بيع الثمر قبل بدو صلاحه إذا نص فى العقـــد على شرط التبيقة على رؤوس الأشجار حتـــى ينضـــج وهذا باتفاق الفقهاء [١] وبدو الصلاح فى جنس الثمـــرة فى الحديقة أو فى الكرم ويكفى ظهوره ولو فى شـــجرة واحدة ، ويعرف بدو الصلاح فى البلـــح بـــاحمراره أو اصفراره ، وبظهور الحلاوة فى البلح الخضروى الـذى لا يصفر ولا يحمر ، وكذلك ظهور الحلاوة فى العنـب والتهيؤ للنضج فى المـــوز ونحـــوه ، وفـــى البقـــول بصلاحيتها للطعام وفى أنواع الزهور كالورد والياسمين بتفتحها وفى البر والفول وغيرهما من الحبوب بـــاليبس وكذلك الحال فى الجوز واللوز والبندق والفسدق .وفى القثاء والخيار بأن ينعقد ويوجد له طعم ومثلها القـــرع والباذنجان بالجملة . فشرط الجواز أن يكون الثمر فـــى حالة تؤمن فيها العاهة وتغلب عليـــه فيـــها الســـلامة والأصل فى فساد هذا العقد مـــا روى أن رســـول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهـــى

---

(١) الشرح الكبير جـ٣ ص٧٨ . المغنى جـ٣ ص٩٢ ، الهداية جـ٣ ص٢٥ ، المنهاج جـ٢ ص٢٣٣ .

فقيل له وما تزهى ؟ قال : حتى تحمر فقال رســول الله صلى الله عليه وسلم [أرأيت إذا منع الله الثمر بم يــأخذ أحدكم مال أخيه] (١)

وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم [نــهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها] (٢)والعلة فى هــذا النهى أن هذا العقد يؤدى إلى أكل أموال الناس بالبــاطل ، وأما بالنسبة للبائع فإنه إذا أصيبت الثمرة بالجانحة فقد أكل مال المشترى بدون مقابل وأما بالنسبة للمشـــترى ففيه إضاعة لماله ومساعدة للبائع على أكل مــا الغــير بالباطل (٣)

الصورة الثانية : بيع الثمر قبل بدو صلاحـــه بشــرط القطع .

اتفق الفقهاء على صحة العقد على بيع الثمر قبــل بدو صلاحه إذا كان على شرط الجذاذ فى الحال .

---

(١) صحيح البخارى جـــ٥ ص٢٠٢ .

(٢) البخارى : المرجع السابق .

(٣) فتح البارى جـــ٥ ص٣٠٠ .

وذلك لانتقاء علة النهى وهى خشية الجائحة .[١]

الصورة الثالثة : بيع الثمر قبل بدو صلاحه بدون شرط قطع أو تبقية : -

إذا بيع الثمر قبل بدو صلاحة بدون أن يشترط المشترى بقاء الثمر علىٰ رؤوس الأشجار حتى ينضج كما لم يشترط البائع على المشترى القطع فى الحال بل أطلقا ، فأكثر الفقهاء ذهبوا إلى القول بعدم صحة هذا التعاقد بينما يرى الحنفية صحته إلا أنهم يلزمون المشترى بالقطع فى الحال تفريغا لملك البائع [٢]وعلة القول بعدم صحة العقد هو عموم النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها أى سواء شرط القطع أو التبقية أو أطلقا .

الصورة الرابعة : بيع الثمر قبل بدو صلاحه مع أصله :-

إذا بيعت الثمرة التى لم يبد صلاحها مع أصلها فلا خلاف بين الفقهاء فى جوازها لقوله عليه الصلاة

---

(١) المغنى جـ٤ ص٩٢ ، الهداية جـ٣ ص٢٥ ، الشرح الكبير جـ٣ ص١٧٦ ، ومنهاج الطالبين جـ٢ ص٢٣٣ .

(٢) المراجع السابقة .

والسلام : [من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للـــذى باعها إلا أن يشترط المبتاع] ولأنها فى هـــذه الحالـــة تعتبر تبعا لأصلها فلم يضر احتمال حصول الضرر فى هذه الحالة شأنها شأن بيع اللبن فى الضرع مـــع بيـــع الشاة وأساس الجار مع بيع الدار (١)

الصورة الخامسة : بيع الثمرة مفردة لمالك الأصل : -

وصورة المسألة أن يبيع المالك أصل الشجرة إلى شخص بعد أن تؤبر الثمرة ثم بعد ذلك يريد المـــالك أن يبيع الثمرة لمشترى الأصل . وكذلك لو باع الشجر قبـل أن تؤبر الثمرة وشرطا أن الثمرة للبائع ثم بعد ذلك أراد البائع أن يبيع الثمرة كذلك للمشترى فقيل فى حكم هـــذه الصورة أنها جائزة لأن الشجر وثمره اجتمعا معا فى يد واحد فكأنهما بيعا معا وقيل لا يجوز لدخول هذه الحالـــة فى عموم النهى . (٢) .

---

(١)المغنى جـ٤ ص٩٣ . الشرح الكبير جـ٣ ص١٧٦ .

(٢) المنهاج جـ ٢ ص ٢٣٤ ، المغنى جـ ٤ ص ٢٤ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٧٦ .

المبحث الخامس

الخيار فى البيع

معنى الخيار : الخيار فى اللغة : اسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين . إما إمضاء البيع أو فسخه وخير بين شيئين أى فوض إليه الخيار . [١]

واصطلاحا : هو إعطاء المتعاقدين حق إمضاء العقد أو فسخه [٢] وللخيار أنواع كثيرة ، الا أن أهمها أربعة أنواع ١- خيار المجلس ٢- خيار الشرط ٣- خيار العيب ٤- خيار الرؤية . [٣]

والأصل فى عقد البيع أن يكون لازما متى أنعقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه . بمعنى أنه لا يحق لأحد المتعاقدين الرجوع عن العقد الذى عقده والتزم به الا أنه قد عدل عن هذا الأصل وأبيح الخيار فى العقد لمصلحة العاقدين ، إذ قد يشترى الانسان الساعة أو يبيعها لظرف خاص يحيط به بحيث لو ذهب ذلك

---

(١) لسان العرب جـ ٢ ص ١٣٠٠ ، مختار الصحاح ص ١٩٤ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ٢ .

(٣) الخيارات فى الفقه الإسلامى ص ٥ للدكتور على مرعى .

الظرف لندم على بيعها أو شرائها وقد يعقب ذلك الندم غيظ فضغينة وحقد وتخاصم وتنازع الى غير ذلك من الشرور والمفاسد التى يحذر منها الدين ويمقتها كل المقت ، ولهذا أباح الشارع الأسلامى الخيار فى البيع للمتعاقدين إستبقاء للمودة بين الناس ودفعا للضغائن والاحقاد بينهم وجعل للمتعاقد فرصة يحتاط فيها لنفسه ويزن فيها سلعته فى جو هادئ كى لا يكون له عذر فى الندم بعد ذلك . (١)

وسنتناول كل واحد من هذه الخيارات فى مطلب خاص به ونبدأ الكلام فى خيار المجلس : -

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة جـ ٢ ص ١٦٩ ، ١٧٠ .

المطلب الأول

خيار المجلس

تعريفه : هو حق شرعى يثبت بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحرية فى فسخ العقد أو إمضاؤه ما داما فى مجلس العقد ما لم يتفرقا أو يتخيرا . [١] ومعلوم أن هذا التعريف إنما هو على رأى من أثبت خيار المجلس من الفقهاء .

مدى مشروعية خيار المجلس فى البيع : -

ذهب أكثر أهل العلم الى القول بمشروعية خيار المجلس فى عقد البيع بمعنى أن لكل من طرفى التعاقد بعد إتمام إجراءات العقد أن يطلب من الطرف الآخر فسخه ما دام فى مجلس العقد .

ولا يصير العقد لازما لهما الا بتفرقهما بأبدائهما من مكان انعقاده . [٢] بينما ذهب الأمام أبو حنيفة

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠ .

(٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٩٨ ، المنهاج جـ ٢ ص ١٩٠ ، السراج الوهاج ص ١٨٤ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٦٣ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٤٥ ،÷ المختصر النافع ص ١٢١ .

وأصحابه إلى القول بعدم ثبوت خيار المجلس فى البيع
لأن العقد يلزم بالأيجاب والقبول ولا خيار للمتعاقدين ،
ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد عقده كالنكاح والخلع
وذلك لأن خيار المجلس لا يثبت للعاقد الا بالشرط فاذا
تم العقد بينهما من غير شرط الخيار أصبح لازما سواء
أقاما بالمجلس أو تفرقا . (١) وانما الذى يثبت للعاقد
فى المجلس عند الحنفية هو خيار القبول فاذا قال البائع
للمشترى بعتك فله أن يرجع قبل أن يجيبه المشترى
ويحمل الحنفية قوله صلى الله عليه وسلم : (البيعان
بالخيار ما لم يتفرقا) (٢) على خيار القبول أو خيار
المجلس اذا اشترطه العاقدان أو أحدهما فى العقد
والراجح ما ذهب اليه الجمهور وهو ثبوت خيار المجلس
للمتعاقدين حتى وان لم يشترطه أحدهما فى العقد ويكون
لهما الخيار فى المجلس أى مجلس العقد بحيث يكون
لكل منهما فسخه أو إمضاؤه ما دام المجلس منعقدا حتى
وإن أمتد المجلس أياما و يظل المجلس منعقدا إلا إذا

---

(١) الأختيار جـ ٢ ص ١٦ والموطأ ص ٤٦٦ ، الهداية جـ ٣ ص ٢١ .

(٢) صحيح البخارى جـ ٥ ص ٢٣٢ .

تفرقا باختيارهما ويرجح مذهب الجمهور حديث (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) وهو حديث صحيح متفق عليه وفى ثبوت خيار المجلس فائدة للمتعاقدين وهو اعطاء كل منهما فرصة لمراجعة نفسه أو مشاورة جلسائه وحتى اذا انفض مجلس العقد انفض وكل منهما راض عن الصفقة كل الرضا .

متى ينقطع خيار المجلس : -

ينقطع خيار المجلس بالتفرق بالأبدان باختيار المتعاقدين أو أحدهما والمعول عليه فى ذلك العرف فما يعد فى عرف الناس تفرقا بالأبدان يعتبر فرقة شرعا ويلزم به البيع وينقطع خيار المجلس بموت أحد المتعاقدين بعد حصول موافقة الطرف الثانى على أيجاب الطرف الأول كما يبطل خيار الطرف الأخر لحصول التفرق بالموت . وينقطع خيار المجلس أيضا اذا خير أحد الطرفين الآخر بعد حصول الأيجاب والقبول من الطرفين وقبل التفرق من المجلس بأن يقول أحدهما

للآخر أختر إمضاء العقد أو فسخه فان حصل الامضاء فقد أنقطع الخيار ولزم البيع . (١)

هل الإكراه على التفرق يقطع الخيار : ؟

الإكراه على التفرق لا يقطع الخيار لأن خيار المجلس شرع ليراجع كل من العاقدين موقفه من إتمام الصفقة أو عدم اتمامها بناء على ما تحققه من مصلحة له . وهذا لا يتحقق الا اذا توفر للمتعاقد كامل الحرية فى امضاء العقد أو فسخه .

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٥٦٦ ، المجموع جـ ٩ ص ١٩٥ .

المطلب الثانى

خيار الشرط

تعريفه : هو عبارة عن كون العـــاقد يبيـــع الســـلعة أو يشتريها بشرط أن يكون له الخيار فى إمضاء العقـــد أو فسخه وعلى هذا يكون خيار الشرط ما أشترطه العاقدان أو أحدهما لهما أو لأحدهما أو لغيرهما .وثبوت خيـــار الشرط محل اتفاق بين الفقهاء فى البيع لما ثبـــت فـــى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : (ذكـــو رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخـــدع فـــى البيوع فقال له : من بايعت فقل لا خلابة أى لا غبن ولا خديعة ولا غش – ثم أنت بالخيار فى كل سلعة أبتعتـــها ثلاث ليال) [١] وتمام الحديث فإن رضيت فأمســـك ، وإن سخط فأردد . وقد أطال الله فى عمر هذا الرجـــل وهو حيان أبن المنقذ بن عمرو الأنصارى فبقى حتـــى أدرك زمن عثمان ابن عفان وهو ابن مائة وثلاثين ســنة . فكان إذا اشترى شيئا فغبن فيه فـــيرجع إلـــى البـــائع

---

(١) صحيح البخارى جـــ ٥ ص ٢٤١ .

ويشهد له الرجل و الرجلان من الصحابة أن النبى صلى الله عليه وسلم " جعله بالخيار ثلاثا فيرد لـــه دراهمـــه " [١] ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبـــى صلـــى الله عليه وسلم جعل الخيار ثلاثة أيام لهذا الرجل إذا خـــدع فى البيع فتقدر هذه الدة فى كـــل خيـــار شـــرط بيـــن المتعاقدين لأنه حكم ورد على خلاف الأصل فيقتصـــــر على أقصى ما ورد فيه ويؤيد ذلك جعل الخيــــار فـــى المصراة ثلاثة أيام . والتصرية أصلـــها حبـــس المـــاء ومعناها حبس اللبن فى الضرع حتى يجتمع لبنها فيكـــثر فيظن المشترى أن ذلك عادتها فيزيد فى ثمنها لما يـــرى من كثرة لبنها . [٢]

هل يخرج عن ملك البائع فى زمن خيــار المجلــس أو الشرط : ؟

أ - الخيار للبائع :

إذا كان الخيار للبائع فقط فأن المبيع لا يخرج عن ملكه ، أما الثمن فأنه يخرج عن ملك المشترى . وفـــى

---

(١) فتح البارى جـــ ٥ ص ٢٤١ .

(٢) نيل الأوطار جـــ ٦ ص ٢١٤ ط دار التراث .

هذه الحالة إذا قبض المشترى المبيع وهلك فى يده فانـــه يكون ملزما بقيمته للبائع ، وتعتبر قيمته من يوم قبضـــه لا من يوم هلاكه . واذا طرأ على المبيع عيب وهو فـــى يد البائع ونقصت قيمته فان خياره لا يفسد ، لأن ذلـــك العيب لم يكن بفعله فليس مسؤلا عنه ولكـــن للمشـــترى الخيار فى هذه الحالة ، فان شاء أخذ المبيع بثمنـــه وان شاء فسخ البيع . أما اذا كان النقص بفعل البـــائع فانـــه يكون مسؤلا عنه فينقص من ثمنه بقدر ما أصابه مـــن النقص . فان هلك المبيع تحت يد البائع مع أن الخيار له انفسخ البيع ولا شئ على البائع ولا على المشترى .

ب – الخيار للمشترى وحده أو لأجنبى :

واذا كان الخيار للمشترى وحده أو لأجنبى فـــأن المبيع يخرج عن ملك البائع فى زمن الخيار ولا يخـــرج الثمن عن ملك المشترى . وفى هذه الحالة تجـــب نفقـــة المبيع على المشترى ، وإذا طرأ على المبيع عيب فـــان كان مما يمكن زواله كالمرض ونحوه فان زال فى مـــدة الخيار فهو على خياره ، وان لم يزل لزم العقد وان كان مما لا يمكن زواله وكان فى يد المشترى فانـــه يلزمـــه

بثمنه لا بقيمته ولا فرق بين أن يكون العيب حاصلا بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى . (١)

الخيار للبائع والمشترى :

وإذا كان الخيار لهما معا أى للبائع والمشترى بقى المبيع على ملك البائع والثمن على ملك المشترى زمن الخيار فإذا فسخ البيع واحد منهما فى المدة انفسخ البيع ، وإذا أجازه أحدهما أصبح العقد لازما بالنسبة للمجيز مع بقاء الآخر على خياره ، وإذا لم يوجد إجازه ولا فسخ بل سكتا حتى انقضت مدة الخيار لزم البيع . (٢)

الفرق بين الثمن والقيمة : -

الثمن ما تراضى المتعاقدان ، سواء كان أكثر من قيمته أو أقل . أمام القيمة فهى ما قوم به الشيء من غير زيادة ولا نقصان .

---

(١) فتح القدير جـ ٦ ص ٣٠٥ وما بعدها . البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٤٩ وما بعدها .

(٢) المرجعين والموضعين السابقين .

متى تبدأ مدة خيار الشرط ؟

وتبدأ مدة خيار الشرط من حين العقد لأن الخيـــار ثابت

فى المجلس حكما فلا حاجة إلى اثباتـــه بالشـــرط ولأن حالة المجلس كحالة العقد لأن لهما فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد فى ابتداء مدة الخيار بعـــد انقضائـــه ولأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتدائها منه لأجل . (١)

هل للبائع المطالبة بالثمن فى زمن الخيار ؟

إذا باع شخص على أن يكون لـــه أو للمشـــترى الخيار والعكس ، مدة معينه فـــهل للبـــائع أن يطـــالب المشترى بالثمن وهل للمشترى أن يطالب البائع بقبـــض المبيع ؟

الجواب للمشترى أن اشترى سعلة بشرط الخيـــار فليس للبائع المطالبة بالثمن إلا بعد انقضاء مدة الخيار ، كما أنه ليس للمشترى أن يطالب بالمبيع فى هذه المـــدة فلا جبر لأحدهما على الأخر فـــى ذلـــك . فـــإذا دفـــع المشترى الثمن فإن البائع يجبر على تسليم المبيع ، فـــإذا

---

(١) المغنى جـ٣ ص٥٧٧ .

كان الخيار للبائع وقبض الثمن ولم يرضى أن يسلم المبيع فإن ذلك حقه ولكنه يجبر على رد الثمن ، وإذا قبض المشترى المبيع فلا يصح له بأن يتصرف فيه ، فإذا تصرف فيه فى زمن الخيار كان تصرفه باطلا ، وكذلك إذا قبض البائع الثمن فإنه لا يصح له أن يتصرف فيه فى زمن الخيار وأن تصرف يقع تصرفه باطلا ، وأما إذا تصرف البائع فى المبيع قبل أن يقتضه المشترى ، أو تصرف المشترى فى الثمن قبل أن يقبضه البائع فإنه يجوز ويكون فسخا للعقد .

حكم المقبوض على سوم الشراء : -

وحاصل هذه المسألة أن كل مبيع قبضه المشترى ليشتريه على أن يكون له الخيار فيه بعد أن عرف ثمنه ولم يعارض فيه فإنه يضمنه إذا هلك فى يده بقيمته ، وأما إذا استهلكه هو فإنه يضمنه بثمنه وتعتبر القيمة من يوم قبضه . أما إذا قبضه لاعلى وجه الشراء بل على وجه النظر كأن قال البائع : هذا الثوب بعشرة جنيهات فقال له هاته حتى أنظر فيه ، أو حتى ينظر فيه رفيقى

ثم ضاع الثوب فإنه يضيع على البائع ، ولا شيء على المشترى لأنه أخذه على سوم النظر لأعلى سوم الشراء

ومثال المقبوض على سوم الشراء أن يطلب المشترى من البائع ثوبا فيعطيه ثلاثة أثواب ويبين له ثمن كل واحد منهم كأن يقول له هذا بعشرة جنيهات ، هذا بعشرين ، وهذا بثلاثين ثم يقول له الثوب الذى يجعبك منها بعته له ، فاستلمها المشترى فضاعت عنده أى المشترى فإن فى ذلك أربع صور : –

الصورة الأولى : –

أن تضيع كلها دفعة واحدة ، أو تضيع متعاقبة ولكنه لا يعلم فى الحالتين أى الأثواب ضاع أولا وحكم هذه الصورة أن المشترى يلزم بدفع قيمه ثلث الجميع .

الصورة الثانية : –

أن تضع كلها دفعة واحدة أو متعاقبة ، ولكن المشترى يعلم الثوب الذى ضاع أولا ، وحكم هذه الصورة : أن المشترى يلزم بقيمته الثوب الذى ضاع أولا ، الثوبان الآخران يكونان أمانة لا شيء عليه فى ضياعها .

الصورة الثالثة : -

أن يهلك اثنان فقط ويبقى الثالث ، وفى هذه الحالة يلزم المشترى بنصف ثمن كلا من الاثنين الضـــائعين ، ورد الثالث لأنه يكون أمانة يجب ردها ، وإذا حصـــــل نقص فى الثوب الثالث لا يلزم المشترى به .

الصورة الرابعة : -

أن يضيع ثوب واحد فقط ويبقى الاثنان وفى هـذه الحالة يلزم المشترى بدفع قيمته الثـــوب الضـــائع ورد الثوبين الباقيين .

المطلب الثالث

خيار العيب

تعريفه ولغة وشرعا

العيب فى اللغة : مصدر عاب المتاع عيبا من باب سار فهو معيب (١)

تعريفه اصطلاحا: العيب هو كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ويوجب نقصان الثمن فى عرف التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا .

معنى الإضافة : وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشىء إلى سببه وهو خيار ثابت بالشرط دلالة . (٢)

دليل مشروعية خيار العيب :

ثبوت خيار العيب للمشترى بسبب العيب مجمع عليه عند الفقهاء وقد استدلوا على مشروعيته بالسنة والمعقول .

أما السنة :

---

(١) مختار الصحاح ص٤٦٤ .

(٢) فتح القدير جـ ٦ ص ٣٥٥ ، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣١٩ .

ماروى عن عقبة بن عامر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (المسلم أخو المسلم ، لا يحل المسلم باع من أخيه بيعا وفبه عيب الا بينه له) [١]

١- روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبــــى صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيـــع طعامــا ، فقال كيف تبيع ؟ فاخبره فاوحى الله إليه أن ادخل يدك فيه فإذ هو مبلول فقال رسول الله صلـــى الله عليه وسلم ليس منا من غش) [٢]

٢- وعنه أيضا رضى الله عنه عن النبي صلـــى الله عليه وسلم (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعــها بعد فهو يخير النظريين بعد أن يجتلبها أن شــــاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر) [٣]

فهذه الأحاديث وغيرها تدل على مشروعية خيار العيب ، وعلى أن المشترى بالخيار إذا وجد عيبا فى المبيع .

---

(١) مجمع الزوائد جـ ٤ ص ٨٠ ط مكتبة القدس

(٢) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٧٢ ، سنن أبن ماجة جـ٢ ص ٧٤٩ .

(٣) فتح البارى جـ ٤ ص ٣٦١ .

وأما المعقول : فان السلامة فى المبيع مطلوب المشترى عاد ة لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة فإذا فاتت السلامة كان له الخيار .

العيب الذى يرد به المبيع :

العيب الذى يجعل للمشترى الحق فى رد المبيع هو الذى تنقص به قيمة المبيع أو يفوت به على المشترى غرض صحيح .

فمثال : ما تنقص به قيمة المبيع جماح البداية عند ركوبها وعدم انقيادها لصاحبها ، وكذلك إذا كانت ترفس أو تعض فإن ذلك عيب ينقص قيمتها خلافا للعيب اليسير الذى لا تنقص به القيمة كقطع صغير فى فخذها أو رجلها فان ذلك لا يضرها فلا ترد به

ومثال : ما يفوت به غرض صحيح على المشترى : أن يشترى شاه ليضحى بها فيجد فى أذنها قطع يمنع صحة الأضحية بها فان ذلك القطع أن لم ينقص قيمة الشاة ولكن يفوت على المشترى غرض صحيحا فله رده وكذا إذا أشترى خفاً أو ثوبا ليلبسه فوجده ضيقا لا

يكفيه فان ذلك العيب يأتى فى استعماله فيفـــوت علـــى المشترى غرضه من شرائه فيرد به .

شروط رد المبيع بالعيب :-

يشترط لرد المبيع بالعيب شروط

١- أن يكون الغالب فى مثله أن يكون سليم من ذلـــك العيب فأخرج ما إذ كان الغالب فى مثله وجـــود ذلك العيب

المثال الأول : إذا اشترى حمارا أو حصانـــا فوجـده مخصيا فان الخصاء يكون عيب فيه لأن الغـــالب فـــى الحمير أو الخيل سلامتها من الخصاء وهو عيـــب قـد يفوت به غرض المشترى من شرائه ، فانه قد يشـــتريه ليستولد به انثى من جنسه فله رده لذلك العيب .

مثال ثانى : كما إذا أشترى حيوان مأكول للحم يغلب خصائه كالغنم أو الماعز فان الخصاء ليس عيب يوجـب الرد لأن الغالب فيه الخصاء اذ هو يزيده ثمنا

٢- أن لا يمكن زوال ذلك العيـــب الا بمشـــقة فـــإذا أمكن ازالته بغير مشقة فان المبيع لا يـــرد بـــه وذلك كما إذا اشترى ثيابا متجنســـا لا تنقــص

قيمته بالغسل فان النجاسة حينئذ لا تكون عيبا يرد به الثوب لأنه ممكن إزالته بدون مشقة وكذا إذا اشترى سيفا معوجا يمكن إزالة عوجه بسهولة فان العوج لا يكون عيب يرد به حين إذ .

٣- أن لا يزول ذلك العيب قبل الفسخ فإذ اشترى حيوانا مريضا ولم يفسخ البيع ثم زال المرض فليس له الفسخ بسبب ذلك المرض لأنه قد زال قبل أن يرده .

٤- أن يكون العيب موجود فى المبيع وهو عند البائع .

٥- أن لا يشترط البائع البرائة فى العيب لكن الشرطين الآخرين يحتاجان إلى تفصيل واليك التفصيل فالزمه :-

إذا أشترى شيئا فوجد به عيبا تنقص به قيمته ولم يعلم به وقت الشراء أو قبله فلا يخلو : إما أن يكون ذلك العيب قد حصل وهو فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى أو حصل بعد أن قبضه المشترى

أما الأول وهو على خمس أوجه :-

الوجه الأول : أن يكون ذلك العيب قد حدث بعد العقد بفعل البائع وهو فى يده ، وفى هذه الحالة يكون بالخيار فى تركه أو أخذه مع طرح حصة من الثمن تعادل النقص الذى حصل بذلك العيب .

الوجه الثانى : أن يكون ذلك العيب قد حدث بفعل المشترى وفى هذه الحالة يكون المشترى ملزم بدفع كل الثمن .

الوجه الثالث : أن يكون ذلك العيب قد حدث بفعل اجنبى عن البائع والمشترى والمبيع وفى هذه الحالة يكون المشترى فى الخيار ان شاء رضى بجميع الثمن وله على الأجنبى تعويض ما أحدثه من النقص فى المبيع وان شاء رد المبيع وسقط عنه الثمن .

الوجه الرابع : أن يكون العيب قد حصل بآفة طبيعية فللمشترى أن يرده ويأخذ كل الثمن وان شاء إن يأخذه ويطرح من الثمن بقدر ما حدث فيه من العيب .

الوجه الخامس : أن يكون العيب قد حدث بفعل المبيع كما إذا اشترى عبد ففعل فى نفسه ما يعيبه وحكمه كحكم الوجه الرابع .

وأما الثانى هو أن يحدث فيه العيب بعد أن يقبضه المشترى وهو على خمسة أوجه أيضا :

١- أن يكون العيب بفعل المشترى .
٢- أن يكون العيب بآفة سماوية .
٣- أن يكون بفعل المعقود عليه .
٤- أن يكون بفعل البائع .
٥- أن يكون بفعل أجنبى .

وحكم الأول والثانى والثالث أنه إذا كان فى المبيع عيب قديم سوى ذلك العيب الذى حدث عند المشترى فانه لا يرد به ، لأن العيب الجديد تعارض مع العيب القديم وللمشترى أن يطالب بتعويض ما نقص من المبيع بسبب العيب القديم إلا إذ ارضى أن يأخذ المبيع مع نقصه بالعيب الجديد وحكم الرابع والخامس وهما ما إذا كان العيب بفعل البائع أو بفعل أجنبى بعد أن يقبضه المشترى :-

إن المبيع إذا كان به عيب قديم سوى ذلك العيب الذى حدث بفعل البائع أو الأجنبى فانه لا يرد به وعلى كل واحد منهما تعويض ما أحدثه فى المبيع من النقص بجنايته عليه .

توضيح حول الشرط الخامس : " **شرط البراءة من العيب** "

تصح البراءة مما يظهر فى المبيع من العيوب على أى حال سواء كان الشرط عاما أو خاصا ، وسواء شرط كونه غير مسؤلا عن العيوب أو شرط براءة المبيع ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية :

المثال الأول : أن يقول بعتك هذه الدار على أنى برئ من كل عيب . أو بعتك هذه الدابة على أنها محطمة ونحو ذلك فان الشرط صحيح ، فلو اشتراها على ذلك وظهر فيها عيب لا يصح له ردها لأنه قبلها بكل عيب يظهر فيها فلا خيار له .

المثال الثانى : أن يقول بعتك هذا الفرس على أنها جموح وقبلها على ذلك فانه ليس له ردها بهذا العيب لأنه عيب خاص .

المثال الثالث : أن يقول بعتك هذا الحيوان على أنه لا عيب فيه ولم يبين عيبا خاصا واشتراه منه على ذلك فانه له أن يرده بظهور عيب قديم فيه .

المثال الرابع : أن يقول بعتك هذا الحيوان علــى أننــى برئ من كل داء فيحكم العرف والعادة فى هذه الحالـــة فإن كان العرف يخصه بالأدواء الباطنة عمل به ، فلــو ظهر به داء باطن كان المشترى رده به ، وان كان لــه رده بأى مرض قديم فيه .

هل يرد المبيع بالعيوب على الفور ؟

لا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بـــالعيب على الفور ، فلو أعلن البائع بالعيب وخاصمه فى المبيع ثم ترك المخاصمة وبعد ذلك رجع إليها وطلب الرد فان له ذلك ويمتنع الرد بعد العلم بالعيب إذا فعل مـــا يـــدل على الرضا كلبس الثوب وركوب الدابة واجارة البيـــع ورهنه ويدل على الرضا أيضا حلب اللبـــن وشـــربه ، وكذا سكنى الدار ابتداء بان علم بالعيب وهو غير ساكن ثم سكن بعد ذلك فان ذلك يسقط حقه فى الرد . ويـــدل على الرضا أيضا سقى الأرض وزراعتها وجمع غلـــة الزرع . أما الأكل من ثمر الشجرة فانه لا يـــدل علـــى الرضا وكذلك عرض الثوب على الخياط لينظر أيكفيه أم لا وكذا لا يدل على الرضا ركوب الدابة لردهـــا علـــى

البائع أو لشراء العلف لها ، وإذا هلك وهـو فـى يـد المشترى قبل حضور البائع لم يكن مسؤولا عن النقصان الحاصل بالعيب . [١]

حكم العيب الباطل فى المبيع :-

المبيع الذى لا يعرف عيبه إلا بأحداث تغيير فـى ذاته من كسر أو شق أو غيرهمـا كـالبيض والبطيـخ والجوز واللوز لا يخلو حاله : أما أن يكون جميعه فاسدا لا ينفع به أصلا كما إذا اشترى بيضا فوجده منتنا ففـى هذه الحالة يقع البيع باطلا ويلزم البائع بجميع ثمـن ولا شئ على المشترى . أما إذا كان يمكن الانتفاع به مـن بعض الوجوه ولو يجعله علفا للـدواب فانـه لا يكـون للمشترى فى هذه الحالة الحق فى رده ولكن يكـون لـه الحق فى الرجوع على البائع بعوض النقصـان بحيـث يقوم صحيحه وفاسدة ويأخذ فرق ثمنه لكن بشـرط أن لا يتناول منه بعد العلم بالعيب فان تناول منه بعد أن ذاقـه ووجده فاسدا لا يكون له الحق فى العوض ، وكـذا إذا علم بالعيب قبل كسره ثم كسره سقط حقه فى الرد وفـى

---

(١) أنظر فى هذه الشروط الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٢ ص ١٨٨ .

العوض لأن كسره بعد العلم بالعيب دليل على رضائه به وإذا اشترى شيئا فوجد بعضه صحيحا وبعضه فاسدا كان له الحق فى الرجوع على البائع بحصة الفاسد من الثمن الا إذا كان الفاسد قليلا لا يمكن الاحتراز عنه أو لا يخلو البيع عنه فى العادة كالجوز واللوز. (١)

حكم الزيادة التى يعرض على المبيع الذى به عيب :

الزيادة التى تعرض للمبيع قسمان متصلة به : ومنفصلة عنه وكل منهما قسمان متولدة من المبيع وغير متولدة منه فالأقسام أربعة :

الأول : زيادة متصلة بالمبيع متولدة عنه ومثلها : كبر الحيوان وسمنه . وحكمها : أنها لا تمنع رد المبيع الذى يظهر به عيب قديم ، سواء عرضت له هذه الزيادة بعد أن قبض المشترى ، أو عرضت له بعد عقد البيع وقبل أن يقبضه ثم يتبين له أن به عيبا يرد به فان له الحق فى رده ولا يمنعه الثمن من الرد وكذلك إذا اشتراه صغيرا فكبر .

---

(١) المرجع والموضع السابقين .

الثانى : زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه : ومثالـــها : صبغ الثوب والبناء الحادث على الأرض فانه متصـــل بالمبيع ولكنه غير متولد منه ، وحكمها أنـــها تمنـــع رد المبيع باتفاق فإذا أشترى أرضا ثم بنى أو اشترى ثوبـــا فصبغه ثم وجد به عيبا فليس له رده به ، وانما له الحق بالمطالبة بالتعويض عن النقص سواء حدثت الزيادة قبل أو بعد قبضه لأنها قبل قبضه تكون تصرفا فى المبيـــــع يكون به قابضا .

الثالث : زيادة متصلة متولدة من المبيع ومثالها:

الولد واللبن والصوف إذا كان المبيع حيوانا والثمر إذا كان المبيع شجرا ، وحكمها إنها تمنع الرد بالعيب بعـــد القبض لا قبله ، فإذا اشترى دابة حبلى فولدت لـــه ثـــم وجد بها عيب قديما ترد فان كان ذلك بعد قبضها فليـــس لها ردها بالعيب وانما لها المطالبة بالعوض عن العيب ، أما إذا كان ذلك قبل قبضها فان الولادة لا تمنع الـــــرد فان شاء رد الولد مع أمه وأخذ الثمن وان شاء رضـــــى بهما بجميع الثمن .

الرابع : زيادة منفصلة غير متولدة من المبيع

ومثالها الزيادة الحاصلة من غلة المبيـــع وكســبه كمـــا إذا اشترى عبدا فكسب مالا بتجارة أو وهبـــه أحـــد مـــالا ، أو تصدق عليه بمال ، وحكمها إنها قبل القبض لا يمنـــــع رد المبيع فللمشترى أن يرده دون هذه الزيادة فإنها للمشـــــترى بدون ثمن ولكن لا تطيب له وقيل هى للبائع ولكن لا تطيـب له أيضا ، أما بعد القبض فان الزيادة المذكورة لا تمنع الرد أيضا ولكن المشترى يرد المبيع فقط وتكون الزيادة له طيبـة .

المطلب الرابع

خيار الرؤية

الرؤية لغة : هى عبارة عن المشاهدة بالبصر حيث كان أى فى الدنيا والآخرة . (١)

تعريفه فى الاصطلاح : هو أن يكون للمشترى الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المبيع . ومعنى خيار الرؤية أى خيار يثبت بالرؤية، والإضافة هنا من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه ، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار ، وعدم الرؤية هو السبب الرئيسى لثبوت الخيار عند الرؤية . (٢)

مواضع ثبوت خيار الرؤية : -

خيار الرؤية يثبت للمشترى فى أربعة مواضع هى :

الأول : يثبت فى شراء الأعيان أى اللازم تعيينها ، ولا يثبت فى الديون كالمسلم فيه و لاثمان .

---

(١) التعريفات للجرجانى ص ١٥١ ط دار الكتاب العربى .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٩٢ ، ٥٥٣ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٢٨ .

الثانى : يثبت فى الإجارة : فلو أجره عينـا لـم يرهـا ووصفها وصفا شافيا فهو بالخيار إذا رآها .

الثالث : يثبت فى القسمة مثال ذلك الأجنـاس المختلفـة يثبت فيها خيار الرؤية عند قسـمتها ، وقسـمة زوات الأمثال كالموزنات والمكيلات لا يثبت فبـها إلا خيـار العيب .

الرابع : ويثبت فى الصلح عن دعوى المال على شـئ بعينه ولا يثبت خيار الرؤية فى كل عقد لا ينفسخ بـالرد كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عـن القصـاص وان كانت أعيانا لأنه لا يفيد فيها . [١] والمراد هنا بالرؤية العلم بالمقصود .

دليل مشروعية خيار الرؤية : -

والدليل على جواز خيار الرؤية قوله عليه الصلاة والسلام فيما يرويه أبو هريرة وابن عباس رضـى الله عنهما : (من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه) [٢] وروى أيضا أن سيدنا عثمان بن عفان رضـى الله

---

(١) حاشية بن عابدين والبحر الرائق المرجعين والموضعين السابقين

(٢) سنن الدار قطنى جـ ٣ ص ٤ ط عالم الكتب بيروت ، نصب الراية جـ ٤ .

عنه باع أرضا له من طلحة بـن عبـد الله رضـى الله عنهما ، ولم يكون رأياها فقيل لسيدنا عثمان غبنت فقال : لى الخيار ، لأنى اشتريت ما لم أره فحكم فـى ذلـك جبير ابن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة رضى الله عنـه . وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولـم ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعا منهم على شرعية هذا الخيار [١] واستدلوا أيضا بالمعقول وهو : أن جهالـة الوصف تؤثر فى الرضا فتوجب خلافا فيه واختلالا فى البيع يوجب الخيار .

مسقطات خيار الرؤية : -

يسقط خيار الرؤية بأمور :

أولا : أن يحدث عيب فى المبيع وهو فى يد المشترى فانه لا يكون للمشترى الحق فى رده بخيار الرؤية .

ثانيا : أن يتعذر رده بأحداث تغيير فى المبيع كما إذا مزق ثوبا ليخيطه.

ثالثا : أن يتصرف فيه تصرفا يوجب حقا للغير كأن يرهنه ، فإذا اشترى شيئا لم يره ثم رهنه سقط حقه فى

---

(١) شرح معانى الآثار للطحاوى جـ ٤ ص ١٠ ط دار الكتب العلمية .

الخيار . وكذلك إذا باعه بيعا باتا بــــدون أن يشــترط البائع لنفسه الخيار فان ذلك يسقط حقه فى الرد .

رابعا : أن يقبض المبيع بعد رؤيته أو يدفع الثمن بعـــد رؤيته أيضا .

خامسا : أن يرسل رسوله ليحمله إلى بيته فان خياره يبطل ما دام فى داره فإذا أعاده إلى بيت المشترى عاد حقه فى الخيار .

سادسا : إذا اشترى أرضا لم يرها ثم أعارها لأخر فزرعها المستعير أو اشترى أثوابا فلبس واحدا منها فان خياره يبطل فى الجميع .

المبحث السادس
البيع الفاسد وما يتعلق بـه

الباطل والفاسد فى البيع مختلفان ، فلكـــل واحـــد منهما معنى يغاير الآخر . فالباطل هو : ما اختل ركنه أو محله ، وركن العقد هو الإيجاب والقبول فإذا اختـل ذلك الركن كأن صدر من مجنون أو صبى لا يعقل كان البيع باطلا غير منعقد وكذلك إذا اختل المحـــل وهـــو المبيع كأن كان ميته أو دما أو خنزيرا فان البيع يكـــون باطلا أو الباطل هو : ما لا يكون مشروعا إلا بأصلـــه ولا بوصفه .وحكم البيع الباكل عدم إفادة الملك أصـــلا أى سواء قبضه أولا واما الفاسد فهو ما اختل فيه غـــير الركن والمحل كما إذا وقع خلل فى الثمن بـــأن كـــان خمرا . أو هو أى الفاسد مما يكون مشـــروعا بأصلـــه دون وصفه ، ويثبت به الملك إذا اتصل به القبـــض ، ولكنه لا يقر بل يجب نقضه إلا إذا زال المفسد ، مثال ذلك : إذا اشترى سلعة يصح بيعها وجعل ثمنها خمرا انعقد البيع فاسدا ينفذ بقبض المبيع ولكن على المشترى

أن يدفع قيمته غير الخمر لأن الخمر لا يصلح ثمنا لأنه مال غير متقوم . وكذلك إذا كان المبيع غـــير مقـــدور على تسليمه كما إذا باع شيئا مغصوبا منه ولا يقـــدر على تسليمه والمقصود بأصل العقد ركنه ومحله ومعنى كون الركن مشروعا أن لا يعرض له خلل ، ومعنـــى كون المحل مشروعا أن يكون مالا متقوما والمقصـــود بوصف العقد ما كان خارجـــا عـــن الركـــن والمحـــل كالشرط المخالف لمقتضى العقد وكالثمنية فهى صفـــة تابعة له لأن الأصل فى عقد البيع المبيع والثمن تابع له ومن ثم ينفسخ عقد البيع بهلاك المبيع دون الثمـــن لأن الثمن ليس مقصودا وانما هو وسيلة للأنتفاع بالأعيـــان والبيوع الباطلة كلها محرمة فيجب على الناس اجتنابـــها وهى كثيرة منها : بيع الجنين وهو فى بطن أمه وقـــد تأتى أمثلة لهذا فى مبحث المتفرقات .

ويفسد البيع بالشرط الفاسد إذا كان مقارنـــا للعقد مثال ذلك : أن يقول البائع للمشترى بعتـــك هـــذه الدار بشرط أن تقرضنى مائة جنيه فهذا شرط فاسد يفسد

العقد بحيث إذا قبض المشترى الدار ينفذ العقد ويلـــزم بقيمة المبيع كما هو حكم البيع الفاسد فى كل أمثلته .

ضابط الشرط الفاسد : -

ينضبط الشرط الفاسد بأمور :

الأول : أن يكون الشرط لا يقتضيه العقد ، ومعنى كون العقد لا يقتضيه أنه لا يفهم من صيغته بدون ذكـــره ، فمثال ما يقتضيه العقد تسليم المبيع على البائع وتســليم الثمن على المشترى فان العقد يقتضى ذلك بصيغته فهو شرط يقتضيه العقد .

ومثال ما لا يقتضيه العقد ما إذا باع بشرط قرضه كما مثل فان القرض لا يفهم من صيغة العقد بدون ذكره .

الثانى : أن يكون الشرط غير ملائم للعقد ، فان كـــان ملائما للعقد وان لم يكن مقتضاه فـــان البيـــع يكـــون صحيحا ومعنى كونه يلائم العقد أنه يؤكد مـــا يوجبـــه العقد ، ومثاله : أن يبيـــع شـــيئا بشـــرط أن يحضـــر المشترى كفيلا بالثمن فان الكفيل يؤكد ما يوجبه العقـــد من دفع الثمن ، ويشترط فى الكفيل ان يكون معلومـــا بالإشارة أو التسمية وأن يقبل الكفالة فى مجلس العقـــد

سواء كان حاضرا أو كان غائبا عن مجلس العقـــد أو حضر قبل أن يتفرق العاقدان فإذا لم يكن الكفيل معينـا ولا مسمى فالعقد فاسد .

الثالث : أن يكون الشرط قد ورد الشرع بجـــوازه وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه كشرط الخيار .

الرابع : أن يكون لأحد المتعاقدين فيه منفعة فان لم يكن فيه لأحد المتعاقدين منفعة فانه لا يفسد العقد ولو كان لا يقتضيه ولا يلائمه ولم يرد به الشرع ولا العرف وبنـاء على ذلك فضابط الشرط الفاسد هو ما كان شـــرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع ولا العـرف وكان لأحد المتعاقدين فيه منفعة .

المواضع التى لا يبطل البيع فيها بالشرط : -

١. إذا باع شيئا بشرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية .
٢. إذا باع بشرط كفيل حاضر أو غائب ولكنه حضر قبل أن يتفرقا من المجلس وكفل ، أما إذا لم يحضـــر ثم كفل بعد أن علم فان البيع فاسد .
٣. إذا اشترى شيئا بشرط أن يحيل البائع بالثمن على غيره .

٤. إذا باع بشرط الإشهاد على البيع .

٥. إذا باع بشرط خيار الشرط المدة الجائزة " ثلاثة أيام " .

٦. إذا باع بشرط أن ينقد الثمن فإذا لم ينقده إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما .

٧. إذا اشترى بشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم .

٨. إذا باع بشرط البراءة من العيب .

٩. إذا اشترى بشرط وصف مرغوب فيه ، كما إذا اشترى دابة بشرط كونها سريعة .

١٠. إذا باع أرضا بشرط كون الطريق لغير المشترى . (١)

---

(١) النيابة جـ ٦ ص ٣٧٦ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٤٠١ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٧٤ ، المبسوط جـ ٣ ص ١٥ ، رد المختار جـ ٤ ص ١٢٦ .

المبحث السابع

فى المتفرقات

والمتفرقات : ما شذ من المسائل فـــى المبـــاحث والمطالب السابقة فى البيوع .

توضيح بعض المصطلحات الفقهية :-

معنى العقد : العقد لغة يطلق على الربط والتوثيق وهو العهد وجمعه عقود ، وهو أوكد من العهود . (١)

واصطلاحا : هو ارتباط الإيجاب بالقبول علـــى وجـــه يظهر أثره فى المحل . أو هو كل تصرف ينشـــأ عنـــه حكم شرعى سواء كان صادرا مـــن شـــخص أو أكـــثر كالبيع أو من شخص كالنذر والهبة . أو هو تعلق كـــلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثـــره فـــى المحل (٢)

العقار : هو الثابت الذى لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى أخر ، والمنقول **ما أمكن نقله وتحويله من جهة إلى أخرى .**

---

(١) لسان العرب جـــ ٤ ص ٣٠٣١ ، القاموس المحيط جـــ ٣ ص ٨ .

(٢) نظرية العقد للجارحى ص ٤٠٢ مكتبة سحر للآلات الكاتبة .

المثل والقيمى : المثلى ما لا تتفاوت أجاده تفاوتـــــا يعتد به وله نظير فى الأسواق .

مثال المكيـــلات كـــالقمح والموزونـــات كـــاللبن والمعدودات المتقاربة كالبيض وعـــروض التجـــارة إذا كانت متحدة النوع كأدوات الأكل والشرب التى لها نظير فى المحال التجارية والقيمى : ما تتفاوت آحاد تفاوتا يعتد به فى التجارة والمعاملات فلا يقوم بعضه مقام بعـــض وذلك كالحيوانات . (١)

المتقوم وغير المتقوم :

المتقوم أى الذى له قيمة فى الشريعة وهـــو مـــا حيز بالفعل وجاز الانتفاع به حال الســـلعة والاختيـــار ومثاله النقود وعروض التجارة ونحوهما . وغير المتقوم : هما لم يحز بالفعل أو كان لا يباح الانتفاع به ألا فـــى حالة الاضطرار مثل الأول السمك فى الماء والطير فـــى الهواء . ومثل الثانى الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أما بالنسبة لغيره فهما مـــن الأمـــوال المتقومـــة عنـــد بعـــض الفقهاء . (٢)

---

(١) أحكام النقود فى الشريفة الإسلامية للدكتور عبد العزيز عزام ص ٥

(٢) المرجع والموضع السابق .

الملك الكامل والناقص :

الملك التام هو ملك ذات الشيء ومنافعه والناقص هو ملك المنفعة وحدها وتكون العين ملك غيره أو ملك العين لا المنفعة (٣)

العرف : هو ما أستقر فى نفوس الناس وتقبله الناس ورضوه وتعارفوا عليه فى تعاملاتهم ولم يتعارض مع الشرع (١) .

الدرك : هو بفتح الدال والراء اسم من أدركت الشيء إلى الحقيقة . واصطلاحا هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع (٢)

الفسخ : لغة : الرفع والإزالة والنقض . (٣)

واصطلاحا : هو نقض العقد وحل الرابطة بين أطرافه .(٤)

الدرهم : يساوى ٢٥ مليم بالعملة المصرية أى قرشين ونصف .(٥)

---

(١) التعريفات للجارجانى ص ٥٥١ ، المعجم الوسيط ص ٥٥٥ .

(٢) التعريفات للجرجانى .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٣ .

(٤) مختار الصحاح ص ٥٠٣

(٥) رد المختار جـ ٢ ص ٢٩ ، ٣٠ ، المقادير الشرعية للكردى ص ٦١ ، ٦٢

الذمة : هى العهد والكفالة . **واصطلاحـــا** : [1] وصـــف يصير به الإنسان صالحا لوجوب ما له لما وعليه . [2]

الاستحسان لغة : هو عد الشىء حسنا أو هو ما يميـــل إليه الإنسان ويهواه . [3]

واصطلاحا : هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكـــم فـــى مسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها لوجه أقوى يقتضـــى العدول عن الأول . أو هو تخصيص القياس بدليل أقوى منه .

الدينار : يساوى بالعملـــة المصريـــة عشـــرة جنيـــهات مصرية ونصفا تقريبا .[4]

الاختلاف : هو أن يذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهـــب إليه الآخر وهو ضد الاتفاق .[5]

واصطلاحا : ما هو سلب الاتحاد والاتفاق .[6]

---

(١) القاموس المحيط جـ ٤ ص ١١٩ .

(٢) التلويح على التوضيح جـ ٢ ص ١٦٢ .

(٣) ارشاد الفحول ص ٢٤٠ .

(٤) الفقه على المذاهب الأربعة جـ ١ ص ٤٨١ .

(٥) المصبح المنير ص ٦٨ .

(٦) حاشية سعد حلبى جـ ٧ ص ٤٣٢ .

والضمان : هو لغة الالتزام . وشرعا : هـو رد الثمـن للمشترى عند استحقاق البيع بأن يقول تكفلت بما يدركـا فى هذا البيع أو هو الضمان [١]

ضم ذمة إلى ذمة أخرى فى المطالبة بمـا علـى الآخر من دين .[٢]

القياس : هو لغة التقدير والمساواة .[٣]

واصطلاحا : هو عبارة عن الاستواء بين الفرع والأصل فى العلة المستنبطة من حكم الأصل ، أو هـو مسـاواة فرع لأصله فى الحكم ، أو هو تعدية الحكم من الأصـل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك بمجرد اللغة . [٤]

الحيض : لغة السيلان [٥] **وشرعا** : عبارة عن الـدم الذى ينفضه رحم امرأة سليمة عن الداء والصغر . [٦]

---

(١) المصباح المنير جـ ٢ ص ٧ .

(٢) رد المختار جـ ٢ ص ٨٩ .

(٣) لسان العرب جـ ٥ ص ٣٧٧٣ .

(٤) التلويح جـ ٢ ص ٥٢ ، الأحكام للآمدى جـ ٣ ص ٧٠ .

(٥) القاموس المحيط جـ ٢ ص ٣٤١ .

(٦) التعريفات للجرجانى ص ٩٩ .

والمرأة الآيسة هى بنت ٥٥ على الأظهر .[١]

العرصة : هى مساحة الدار الواسعة التى ليس فيها بناء .[٢]

التدليس : هو إخفاء عيب فى أحد العوضين كأن يكتم البائع عيب فى المبيع كتصدع فى جدران الدار وطلائها بالدهان أو الجص . وكسر فى محرك السيارة أو يكتم المشترى عيب فى النقود ككون الورقة النقدية باطلة التعامل .[٣]

شرط الأجل فى البيع : -

إذا شرط الأجل فى بيع العين فسد البيع ، وان شرط الأجل فى الثمن ، والثمن دين ، فان كان الأجل معلوما فالبيع جائز وان كان الأجل مجهولا فالبيع فاسد .

مثال الأجل المجهول أن يبيع إلى الحصاد ، أو إلى قدوم الحاج وأشباه ذلك وهذا إذا شرط الآجال فى البيع

---

(١) البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٥٩ .
(٢) المصباح المنير جـ ٢ مادة عرض .
(٣) الدر المختار جـ ٤ ص ١٠٣ .

ومثال الأجل المعلوم أن يبيع إلى أخر الشهر مثلا

حكم البيع الذى يقع على شئ فيصادفه علـــــى خـــلاف جنسه :

القاعدة فى هذه المسألة وما يجانسها أن الإشـــارة مع التسمية إذا اجتمعا فى عقد البيع فوجد المشار إليـــه أى المسمى على خلاف ذلك . أن كان الخلاف من حيث الجنس فالبيع باطل مثال ذلك : باع أ إلى ب خاتما مـــن ذهب فإذا هو زجاج كان البيع باطلا لأن المشار إليـــه وهو الزجاج من خلاف جنس المسمى وهو الذهب ، لأن الزجاج من خلاف جنس الذهب لأن المشـــار إليـــه إذا كان من خلاف جنس المسمى فالعقد يتعلـــق بالمســـمى وتلغو الإشارة فإذا كان المسمى معدوما والبيـــع علـــى المعدوم باطل ولأنه لا يمكن العمل بالإشارة والتســـمية معا لأن الإشارة توجب تعلق العقد بالمشار إليـــه وهـــو الزجاج والتسمية توجب تعلق العقد بالمسمى وهو الذهب

والعقد الواحد لا يجوز أن يتعلق بهما فلا بد من العمل بأحدهما وإلغاء الأخرى . (١)

وان كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنه يخالفه فى الصفة فالعقد جائز وللمشترى الخيار إذا رآه كما إذا اشترى فصا على انه ياقوت أحمر فإذا هو ياقوت أصفر - فان باعه ليلا مثلا - فالبيع جائز وللمشترى الخيار إذا رآه لأن المشار إليه هو المقصود من التسمية وثبت الخيار للمشترى لأنه شرط له زيادة وصف فى المشار إليه . (٢)

مثال : لو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هى ضأن فالبيع جائز لأن الذكر مع الأنثى فى البهائم جنس واحد لأن الصورة وان كانت مختلفة فالمعنى واحد لأن ما ينبغى من الذكر من العمل والأكل ينبغى من الأنثى فى منفعة الولادة والمقصود راجح على الصورة فيرجح ما يوجب اتحاد الجنس فجعلنا الجنس واحد .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٩٩٨ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٤١ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٥٢ ، البناية على الهداية جـ ٧ ص ٤١٣ .

(٢) فتح القدير جـ ٦ ص ٤٣٢ .

مثال آخر : إذا باع دارا - وهو اسم لمساحة أدير عليها الحدود - وعلى أن بنائها آجر فإذا هو لبن فالبيع باطل لأن المقاصد تتفوت تفاوتا فاحشا فليلتحق بالجنس المختلف فتعلق العقد بالمسمى و المسمى معدوم ولو باع جبة على إن إظهارها كذا وبطانتها كذا وحشوها كذا ، فوجد الظهارة على ما شرط ، والبطانة والحشو على خلافه فالبيع جائز ويتخير المشترى لأن الأصل هو الظهارة ، فان كانت الظهارة من غير ما شرط فالبيع باطل لأن الجبة تنسب إلى ظهارتها وتعرف بها والبطانة والحشو تبع فإذا وجد الظهارة على خلاف ما سمى كان المسمى معدوما ومن ثم يقع العقد باطلا خلافا ما إذا كانت الظهارة على وفاق المسمى (١)

مثال آخر : رجل اشترى من آخر سمكة على أنها عشرة أرطال ووزنها البائع على المشترى ، فوجد المشترى فى بطنها حجر وزنه ثلاثة أرطال أو نحو ذلك والسمكة على حالها فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان قد شواها قبل أن

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٣٠٠٠ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٤١ .

يعلم أن فى بطن السمكة حجرا وزنه ثلاثة أرطال فــان السمكة تقوم على إنها عشرة أرطال وتقوم وهى ســبعة أرطال فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن لأنــها تعــذر الرد بالعيب فى هذه الحالة فيرجع بنقصان العيب . (١)

مثال آخر : إذا اشترى سمنا وزنا فوجد فيه رايبا فــان كان رايبا يوجد مثله فى السمن فلا يعــد عيبــا ويلــوم بجميع الثمن . وان كان يعد عيبا فان شاء أخذه بجميــع الثمن وان شاء تركه . وان كان رايبا لا يكون مثله فــى السمن . فان شاء أخذه بحصته وان شاء تركه . (٢)

حكم الاختلاف الواقع بين البائع والمشترى : -

أولا : حكم الاختلاف الواقع فى صحة العقد وفســـاده : المراد بصحة العقد الأتيان بالفعل عبادة كان أو معاملــة على وجهه بالأركان والشروط المعتبرة شرعا ويــترتب عليه فى العبادة سقوط القضاء والثواب فى الآخرة وفــى العقود ثبوت الملك الذى وضعته له فعقد البيع مثـــلا إذا اجتمعت له أركانه وشروطه ترتبت عليه ثمرته وهـــى

---

(١) البحر الرائق جـــ ٥ ص ٣١١ذ ، الفتاوى البزازية جـــ ٤ ص ٤٣٤ .

(٢) الفتاوى الهندية جـــ٣ ص ١٤٢ .

انتقال الملك فى المبيع للمشترى ، وفى الثمن إلى البائع والمراد بالفساد خروج العمل عن أن يكون مستجمعها لجميع أركانه وشرائطها والفساد فى العقود يراد به تخلف أحكامها عن أن تكون أسبابا مفيدة للأحكام . [١]

وبناء على ذلك إذا ادعى أحد المتعاقدين صحة العقد ، وادعى الآخر فساده ، فإن كان مدعى الفساد لا يدفع استحقاق مال عن نفسه لا يصدق فى دعوى الفساد لان مدعى الفساد وان كان لا يدفع عن نفسه استحقاق مال كان من جانبه مجرد دعوى الفساد ومجرد دعوى الفساد لا تقبل لأن الظاهر مشاهد لمدعى الجواز وهو ظاهر عقله ودينه لأن عقل الإنسان ودينه يمنعانه مباشرة العقد الفاسد وعن دعوى الجواز كاذبا وظاهر عقل مدعى الفساد ودينه إن كان يمنعانه من دعوى الفساد ما يمنعانه عن مباشرة العقد الفساد ، وظاهر عقل المدعى الجواز ، وظاهر عقل مدعى الفساد وشاهد له

---

(١) الأحكام للآمدى جـ ١ ص ١٣٠ . كشف الأسرار للبزودى جـ ١ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٩ ، ٥٠ ، الكاسانى جـ ٧ ص ٣٣٩١ .

من وجه دون وجه والقول قول من يشهد لـــه الظـــاهر اكثر كان قوله أولى بالقبول ، أما إذا كان مدعى الفساد يدعى الفساد ليدفع استحقاق مال عن نفسه ، ولو جعلنـــا القول قول المدعى الجواز بشهادة الظاهر له وقد جعلنـــله مستحقا مال على صاحبه بشهادة الظـــاهر والظـــاهر لا يصلح حجة للاستحقاق . (١)

مثال :إذا ادعى دارا فى يد إنسان أنها ملكه وأن أبـــــاه باعها منه فى حال بلوغه فى غير رضاه ، وقال صاحب اليد أن أباك باعها متى فى حال صغرك كان القول قول الابن لان الابن ينكر زوال ملكه وقيـــل القـــول قـــول المشترى . فإن أقاما البينة فالبينة بينة الابن لأن بينتـــه تثبت فساد العقد . (٢)

حكم الاختلاف الواقع بين البائع والمشترى فـــى الثمن :

إذا اختلفا البائع والمشترى فى جنس الثمـــن أى أنه جنيهات مصرية ، أو ريالات سعودية ، أو دينـــارات

---

(١) الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ١٧١ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١١ .

(٢) الفتاوى البزازية جـ ٤ ص ٤٩٤ .

كويتية . أو اختلفا فى قدره أنه ألف أو ألفان ، أو فى صفته أنه جيد أو ردئ والسلعة قائمة وعينها والحكم أنهما يتحالفان سواء اختلفا قبل قبض المشترى المبيع أو بعده لقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) . (١)

والمقصود بقوله يتحالفان : بمعنى يحلف كل واحد منهما على نفى قول صاحبه واثبات قوله ويترادان أى أن البائع يستلم المبيع والمشترى يستلم الثمن .

وإذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن وقد خرجت السلعة عن ملك المشترى لا يتحالفان والقول قول المشترى مع يمينه فإن عادت السلعة إلى ملك المشترى ثم اختلفا فى الثمن فان عادت بسبب هو فسخ من كل وجه مثل الرد بخيار رؤية أو شرط أو عيب قبل القبض أو بعده تحالفا وترادا وان عادت بسبب جديد من كل وجه مثل الأرث والصدفة والشراء لا يتحالفان . (٢)

---

(٣) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٩٠ ، ٩١ ، السنن الكبرى جـ ٥ ص ٣١١ ، ٣٣٣ .

(٢) المبسوط جـ ١٣ ص ٣٠ .

حكم الزيادة فى الثمن :

إذا اشترى رجل عصيرا من آخر فتخمر ، ثم إن المشترى زاد البائع فى الثمن شيئا لا تصح الزيادة ولو صار العصير خلا ثم زاده المشترى فى الثمن تصح الزيادة ، والعلة فى ذلك أن من شرط صحة الزيادة فى الثمن كون المبيع قابلا للمقابلة فى حق المشترى وقت شرط الزيادة ، وبعد ما تخمر العصير فالبيع لم يبق قابلا للمقابلة ، وبعد ما تخلل فهو قابل للمقابلة فى حق المشترى فصحت الزيادة فى الوجه الثانى ولم تصح فى الوجه الأول والمقصود بالوجه الثانى قوله ولو صار العصير خلا ثم زاده المشترى فى الثمن ، والمقصود بالوجه الأول وإذا اشترى عصيرا فتخمر ثم أن المشترى زاد البائع فى الثمن .

مثال آخر : اشترى غزلا ونسجه ثم زاد فى الثمن لا تصح الزيادة ، لأن المعقود عليه قد هلك لزوال الاسم والصورة وفات أكثر ولأن المبيع لم يبق قابلا للمقابلة

فى حق المشترى بالاسم السابق فان من اشترى غــزلا فوجده ثوبا لا ينعقد العقد أصلا . (١)

ولو اشترى حنطة فطحنها ، ثم زاد فى الثمـن لا تصح الزيادة لأن المعقود عليه قد هلك لأنه زال الاســم والصورة وفات اكثر المنافع ولهذا ينقطع حق المالك بـه ولأن المبيع لم يبق قابلا للمقابلة فى حق المشترى بالاسم السابق فإن من باع حنطة فإذا هو دقيق لا ينعقد العقــد أصلا . ولو اشترى ثوبا وقطعة وخاطه جلبابا ثــم زاد فى الثمن صحت الزيادة لأن المبيع بعد القطع والخياطـة قابلا للمقابلة فى حق المشترى بالاسم السابق ولكن يخير المشترى لأن الاسم باق والصورة باقية وكذلك بعــض منافع الثوب . (٢)

خيار النقد :

إذا باع على أنه إن لم ينقد الثمن أى لــم يعـط البائع الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهم فالبيع جائز لكـن هذه المسألة علو وجوه :- إما أن لم يبين الوقت أصـــلا

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٣٠ ، الفتاوى البزازية جـ ٤ ص ٥٠٨ .

(٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٣٠ ، الفتاوى الأنقرية جـ ١ ص ١٦١ .

بأن قال : على انك أن لم تنقد الثمن فلا بيع بيننا أو بين وقتا مجهولا بأن قال على انك أن لم تنقد الثمن أياما فلا بيع بيننا والحكم فى هذين الوجهين أن البيع فاسـد، وان بين وقتا معلوما . إن كان ذلك الوقت مقدرا بثلاثة أيـام أو دون ذلك الوقت فالعقد جائز لحديث عبد الله بن عمـو رضى الله عنهما : فإنه روى أنه باع ناقة من رجل على انه أن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيـع بينـهم [١] والمروى عن الصحابة رضوان الله عليهم فيما لا يوافق قياسا كالمروى عن رسول الله صلى الله عليـه وسـلم ولأن هذا شرط يتعامل به فيما بين الناس لدفع الغبن عن أنفسهم متى لم ينقد المشترى الثمـن والقيـاس يـترك بالتعامل [٢] ووجه فساد الوجهين الأولين أن الجهالـة تفضى إلى المنازعة بين المتعاقدين .

متى ينفذ عقد البيع إذا كان الخيار للبائع :-

البيع أما نافذ لازم أو نافذ ليس بلازم فالبيع النـافذ اللازم هو ما كان مشروعا لا صلة ووصفه لم يتعلق بـه

---

(١) البناية شرح الهداية جـ ٧ ص ٢٦٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٧١ ، مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٢٤ .

حق الغير ولا خيار فيه . والبيع النافذ الذى ليس بـــلازم هو ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حـــق الغير وفيه خيار ، إما الموقوف فهو ما تعلق بـــه حـــق الغير فهو إما ملك الغير أو حق المبيع لغير المـــالك (١) وإذا كان الأمر كذلك فشرط الخيار إذا كـــان للبـــائع فنفوذ العقد بالأمور الآتية : -

الأول : إن يجيز البيع صريحا فى مدة الخيار سواء كان المشترى حاضرا أو غائبا كأن يقول أجزت البيع ورضيته أسقطت خيارى ونحو ذلك .

الثانى : أن يموت البائع فى مدة الخيار لأنـــه يعجـــز عـــن التصرف بحكم الخيار فى آخر جزء من أجزاء حياتـــه فيسقط خياره ضرورة وينفـــذ عقـــده و لأن الخيـــار لا يورث .

---

(١) البحر الرائق جـــ ٧ ص ٧٥ .

الثالث : أن تمضى مدة الخيار من غير فسخ ولا اجـازة من جهته أى ممن له الخيار لأن بمضى المـدة يسـقط الخيار وهو المانع من نفوذ العقد . (١)

هل يبطل خيار البائع بالسكر : -

السكر هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الأنسان عن العمل بموجـب عقله من غير أن يزيله . (٢) والسكران هو من لا يعرف الرجل من المرأة والأرض من السـماء أو هـو الذى يخلط كلامـه ويـهزى وهـو المتعـارف بيـن الناس . (٣)

وبناء على ذلك أن سكر من الحمـر لـم يبطـل خياره لأنه عد عاقلا كما فى الطلاق لأن طلاق السكران واقع خلافا للبعض لأن السكران بالخمر زال عقله بسبب هو معصيته فيجعل خياره باقيا زجرا وان سـكر مـن البنج فى المدة لا يبطل خياره فى الصحيـح . (٤) وان

---

(١) البناية جـ ٧ ص ٤٨١ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٢ .
(٢) كشف الأسرار للبزودى جـ ٤ ص ٣٥٢ .
(٣) الأختيار ص ٢٧٩ . المقرر على الصف الثالث الثانوى . البحر الرائق جـ ٣ ص ٢٦٦
(٤) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٣ .

ارتد ، فان عاد إلى الإسلام فى المدة فهو على خيـــاره إجماعا فان مات أو قتل على الردة بطل خياره إجماعـــا وان تصرف بحكم الخيار بعد الردة يوقف تصرفه عنـــد الإمام وتنفذ تصرفاته عندهما أى عند الصاحبين والمرتد هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر بقول صريـــح أو بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه [١] .

ووجه قول الأمام فى وقف تصرف المرتد بعد الردة هو أن المرتد كافر مقهور تحت أيدينا مباح الدم وأنه يوجب زوال الملك والمالكية إلا أنه يرتجى إسلامه وهو مدعـو إليه فيوقف أمره فان عاد صار كأن لم يزل مســلما وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب استقر كفره وبناء على توقف الملك توقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربى يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاتـــه لتوقف حاله فكذا المرتد واباحة ملكه توجد خلـــلا فـــى الأهلية فلذلك توقف تصرفاته . [٢]

---

[١] مجموع المبدع جـ ١١ ص ٣٧٨ .

[٢] الهداية جـ ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

ووجه قولهما فى نفاذ تصرف المرتد : أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك والمرتد مكلف محتاج فـــإلى إن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصـــــاص فيصح تصرفه لأن الظاهر عوده إلى الإســـلام بـــزوال شبهته . (١)

بم يكون فسخ العقد ممن له الخيار :-

يكون فسخ العقد بأحد أمرين اما بالقول أو بـــالفعل أما القول أن يقول فسخت البيع فبعد ذلك ينظران كـــان المشترى حاضرا يصح الفسخ ولا يحتاج فيه إلى قضـــاء أو رضا وان كان المشترى غائبا لا يصح الفسخ ويكون موقوفا والمراد من حضور المشترى العلم بالفسخ فـــى مدة الخيار . (٢) واما الفسخ بالفعل كأن يتصرف البائع فى مدة الخيار فى المبيع تصرف الملاك كما إذا وهـب أو رهن أو نحو ذلك لأن هذه التصرفات مختصة بالملك ولا يحتاج إليها للاختيار فكان اختيـــار الملـــك دلالـــة واختيار الملك يوجب نقد البيع . (٣)

---

(١) المرجع والموضع السابقين .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١٦ .
(٣) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣٢ .

متى ينفذ العقد إذا كان الخيار للمشترى ؟

إذا كان الخيار للمشترى فنفوذ هذا البيع بثلاثة أمور أيضا :

الأول : أن يجيز بالقول فى المدة فيقول أجزت أو نحوه

الثانى : أن يموت فى مدة الخيار .

الثالث : إن تمضى المدة من غير فسخ ولا إجازة .

وينفذ البيع أيضا بتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك كما سبق بيانه . (١)

حكم شرط الخيار لغير العاقد : -

المراد بالخيار هنا الذى هو للغير إنما هو خيار الشرط لأن خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين . (٢)

وإذا كان الأمر كذلك فمن اشترى شيئا أو باع شيئا واشترط الخيار لغيره ، فالقياس أن العقد لا يجوز ويجوز العقد استحسانا ويثبت الخيار للعاقد ثم يصير المشروط له الخيار وكيلا من جهة العاقد فى الفسخ

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٧ .

(٢) رد المختار على الدر جـ ٤ ص ٥٨٤ .

والاجازة وانما كان كذلك لأن تقدير هذا الشــرط كــأن العاقد شرط الخيار لنفسه ثم وكل المشروط له الخيـــار بالتصرف بحكم الخيار . ولو صرح بهذا كــان العقـد جائزا فإنه لو قال بعت على أنى بالخيار ثم وكلت فلانــا بالتصرف بحكم الخيار إن شاء أجاز وان شاء فسخ صح وصار فلانا وكيلا من جهته إذا علم الموكــل بذلــك . وجه القياس فى عدم صحة شرط الخيار للغير هـــو إن الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز أشترطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشترى واشتراط ملـك المبيع للغير واشتراط تسليم الثمن والمبيع علـــى غـير العاقدين ولأن هذا تعليق انفساخ البيع وإبرامـــه بفعـل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيـــار الرؤيـة والعيب . [١] ووجه الاستحسان بجواز شرط الخيـــار لغير العاقد هو أن الحاجة قد تمس إلى أشترطه للغـــير لأن شرعيته لاستخلاص الرأى وقد يكون الإنسان يعلـم من نفسه قصور الرأى والتدبير غير واثق بها فى ذلـك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بـــالقيم

---

(١) فتح القدير جـ٦ ص ٣٢٠ .

وأحوال البياعات فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه . (١)

ما يدخل تحت البيع بلا ذكر وما لا يدخل وغيرهما :-

ومسائل هذا العنوان مبنية على قاعدتين :

الأولى : إن كل ما هو متناول اسم البيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا .

الثانية : أن ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول . (٢)

وبناء على ذلك سوف اذكر بعض الأمثلة لتوضيح هاتين القاعدتين :

المثال الأول : من باع دار دخل بنائها ومفاتيح إغلاقها في البيع والأصل أن العرصة - وهى كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء - أصل في الدار لأن قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع الدار

---

(١) المرجع والموضع السابق .

(٢) العناية للبابارتى جـ ٦ ص ٢٨٠ ، البناية جـ ٦ ص ٢٣٨ .

بلا ذكر إلا إذا كان شيئا جرى العرف بين النـــاس أن البائع يسامح فيه ولا نص فحينئذ يدخل بلا ذكر . (١)

المثال الثانى : من باع أرضا دخل ما فيها من الشـــجر سواء كان الشجر مثمرا أو غير مثمر صغيرا أو كبـــيرا إلا اليابسة فإنها على شـــرف القطـــع فـــهى كـــالحطب الموضوع فى الأرض وانما يدخل الشـــجر فـــى بيـــع الأرض وان لم يسمه لاتصاله بالأرض اتصـــال قـــرار كالبناء ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتسمية لأن الزرع مودع فى الأرض لا للقرار واتصالــــه بغـــرض الفصل فصار كالمتاع الذى فيها أى فى الأرض والمتاع كل ما ينتفع بـــــه كالطعـــام وأثـــاث البيـــت والســـلعة ونحوه . (٢)

وكذا الثمر لا يدخل فى بيع الشجر إلا أن يشترط المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم : (من اشترى أرضا فيـــــها نخل فثمرتـــــه للبـــائع إلا أن يشـــترط المبتـــاع) (٣) والقياس إن يدخل الزرع والثمر لأن الـــــزرع متصـــل

( ) حاشية بن عابدين جـــ ، ص ٥٤٧ .

(٢) البحر الرائق جـــ ٥ ص ٣١٨ ، وفتح القدير جـــ ٦ ص ٢٨٢ .

(٣) فتح البارى جـــ ٤ ص ٢٠١ ، حديث رقم ٢٢٠٤ .

اتصال قرار والثمر متصل بالأرض اتصال قرار فكـــان الشجر مع الأرض ولا يدخلان استحســـانا لأن لقطعـــها غاية معلومة فصار فى الحكم كالمقطوع بخلاف الشـجر والبناء لأنه ليس لهما غاية معلومة للقطع والقلع

بعض الأمثلة للبيع الفاسد والباطل :-

من المعلوم بداهة إن الحنفية يفرقون بين البـــاطل والفاسد فى الحكم خلافا للجمهور الذى يعتبرهما شــــيئا واحدا وقد سبق تعريف الباطل والفاسد مما يغنى عـــن إعادة تعريفهما هنا ولكنى أذكر بعــض الأمثلـــة للبيـــع الفاسد والباطل فالبيع الباطل هو ما لا يفيد الملك أصـــلا ويكون المقبوض فيه أمانة فى يد القابض لأن العقـــد إذا بطل بقى مجرد القبض بأذن المـــالك وهـــذا لا يوجـــب الضمان ، والبطلان باعتبار فوات ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال والبيع الفاسد هو ما يفيد الملك عند اتصـــال القبض به ويكون المقبوض مضمونـــــا بالقيمـــة علـــى المشترى والفساد يرجع لمعنى فى المحل مع قيام المالية واما لمعنى فى العاقد واما لمعنى فى العقد مع قيام أصله

واما لمعنى فى البدل بان يكون مجهولا وبناء على ذلك أقول :

المثال الأول : بيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع بالميتة والدم وبالحر لفوات ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد أى ممن له دين سماوى لانعدام المالية وهذه لأن صفة المالية للشئ بتمول كل الناس أو بتمول البعض إياه والقيمة إنما تثبت بإباحة الأنتفاع به شرعا وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية فإن حبة الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان أبيح الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس إياها ، والمراد بالميتة هنا من ماتت حتف أنفها ويستثنى من عدم جواز بيع الميتة بيع السمك والجراد فانه يجوز بيعها اتفاقا لقوله صلى الله عليه وسلم : (أحلت لنا ميتتان الحوت والجراد) [١] والمراد بالدم هنا الدم المسفوح أى السائل أما الكبد أو الطحال فانه جائز

---

(١) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ١٠٧٣ .

بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم (أحل لكم دمان الكبد والطحال) [١]

مثال آخر : بيع الثوب بخمر أو خنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانها مالان عند أهل الذمة ، والبيع فاسد فى هذا المثال على أساس أن الخمر أوالخنزير ثمن للمبيع لأن المبيع هو الأصل فى البيع بتوقف البيع على وجوده لأعلى وجود حق الثمن ، أما بيع نفس الخمر أو الخنزير باطل مطلقا لعدم المالية .

مثال آخر : لا يجوز بيع ما تحويه المراعى من الكلأ فى أرضه لا تنقطع شركه الناس عنه ولا يصير مملوكا له فبقى على أصل الإباحة ما لم يوجد الإحراز ، فان أحرزه فى أرضه وقام برعايته جاز له البيع لتحقق الملك قال عليه الصلاة والسلام (الناس شركاء فى الماء والكلأ والنار) والمراد بالماء الذى فى الأنهار والآبار أما إذا أخذه وجعله فى وعاء فقد احرزه فجاز بيعه ، والمراد بالكلأ ما نبت فى أرض غير مملوكة أو ما نبت

---

(١) مسند الأمام أحمد جـ ٢ ص ٩٧ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٤٠٢ .حاشية بن عابدين جـ٥ ص ٥١ .

فى أرض مملوكة لغيره بـــلا أنبـــات رب الأرض لأن الأرض لا يكون محرزا له بكونه فى أرضه وان نبـــت الشجر فى أرض مملوكة فهو مملوك لصـــاحب الأرض وان نبت لا بأنباته [١] ومعنى اثبات الشركة فى النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب بـــها ، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس لـــه ذلـــك ألا بـــأذن صاحبه [٢].

حكم بيع لبن الآدمى :-

اختلف الفقهاء فى حكم بيع لبن المرأة وتوضيـــح الخلاف فيما يلى :

الرأى الأول : ذهب الأمام أبو حنيفة ومحمد رحمـــهما الله إلى القول بعدم الجواز سواء وضع اللبن فى قـدح أم لا , وسواء كانت المرأة حـــرة أو أمـــة ولـــم يضمـــن متلفه . [٣]

---

(١) فتح القدير جـ ٦ ص ٤١٧ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٤٨ .
(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٤٨ .
(٣) العناية على الهداية جـ ٦ ص ٤٢٣ .

الرأى الثانى : ذهب الإمام الشافعى إلى القول بأنه يجوز بيع لبن المرأة مطلقا ويضمن متلفه . (١)

الرأى الثالث : فال الشيخ أبو يوسف أن كـــانت أمـــة يجوز بيع لبنها وان كانت حرة لا يجوز . (٢)

الأدلة :

استدل الأمام ابو حنيفة ومن معـــه علـــى عـــدم الجواز بلأن اللبن جزء الآدمى بدلالة أن الشرع أثبـــت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية ،وهو بكل أجزائـــه مكرم مضمون عند الابتذال والأمتهان بالبيع ألا فيما حل فيه الرق والرق لا يحل اللبـــن لأنـــه ضعـــف حكمـــى فيختص بمحل القوة التى هى ضـــده وهـــو الحـــى لأن الضدين يتعاقبان على موضع واحد ولا حياة فى اللبـــن لأنه جماد وليس بمشروب على الإطلاق بـــل باعتبـــار حاجة الطفل لأنه لا يتغذى بغيره حتى لو استغنى عنه لا يصح شربه وصبه فى عين رمدة عند بعض أصحابنا لا يجوز . وقيل يجوز لتحقيق الحاجة . (٣)

---

(١) معنى المحتاج جـ ٣ ص ٤١٤ .

(٢) اللباب فى شرح الكتاب جـ ٣ ص ٣١ .

(٣) البناية جـ ٦ ص ٤٠٥ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٨٧ ، مجمع الأنهار جـ ٢ ص ٥٨ .

ووجه قول الأمام الشافعى أنه مشروب طاهر ، ووجـــه قول الشيخ أبو يوسف أن اللبن متولد من الأصل فيعتبره بأصله ، ففى كل موضع جاز بيع الأصل جاز بيع اللبـن ، وفى كل موضع لم يجز بيع الأصل لـــم يجــز بيـــع اللبن . [١]

حكم بيع شعر الإنسان : -

ولا يجوز بيع شعر الإنسان لأنه جـــزء الآدمـــى وهو مكرم بكل أجزائه ، فلا يجعل شئ مـــن أجزائـــه مبتذلا مهانا والانتفاع به استهانة به والآدمـــى مـــالك لا مبتذل فلا يكون شئ منه مملوكا مبتذلا بلا رق ، وقـــد صح أنه صلى الله عليه وسلم قال : (لعن الله الواصلـــة والمستوصلة) [٢] وانما جائت الرخصة فى القرامـــل وهو ما يتخذ من الوبر فيزاد فى قرون النساء وزوائبهن [٣] ولم يجز بيع جلد الميتة قبل الدبغ لحرمة الانتفـــاع به لا لكرامته لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا تنتفعـــوا

---

(١) المراجع والموضع السابقة .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى جـــ ١٤ ص ١٠٣ .

(٣) القناية على الهداية جـــ ٦ ص ٤٢٦ ،

من الميتة بإيهاب) [١] وهو اسم لغير المدبوغ وبعـــد الدباغ يباع وينتفع به لطهارته بالدبغ . [٢] ولا بـــأس بيع عظام الميتة وعصبها وصوفـــها وقرنـــها ووبرهـــا وشعرها والانتفاع بذلك كله لطهارتـــها لأن المـــوت لا يؤثر فيها لأنه إنما يؤثر فى محل حلت الحياة فيـــه ولا حياة لهذه الأشياء وانما لها نمو فى النبات . [٣]

حكم البيع بشرط القرض : -

القرض فى اللغة : ما تعطيه غيرك مـــن المـــال وجمعه قروض أو ما أسلفت من إحسان أو إساءة . [٤]

واصطلاحا هو : ما تعطيه من مثلـــى لتتقاضـــاه وقيـــد بالمثلى ليخرج القيمى . [٥]

وبناء على ذلك إذا اشترى بشرط ان يقرضه المشـــترى عشرة جنيهات أو يهدى له هدية فسد البيع لأنه صلى الله

---

(١) سنن الترمذى جـ ٤ ص ٢٢٢ .

(٢) حاشية بن عابدين جـ ١ ص ٣٥١ .

(٣) العناية جـ ٦ ص ٤٢٧ .

(٤) المصباح المنير جـ ١ ص ١٩٠ .

(٥) حاشية بن عابدين جـ ٤ ص ٢٢٧ .

عليه وسلم : (نهى عن بيع وسلف) [١] أى قـرض ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وليس فيه عـرف ظاهر ولم يـرد الشـرع بجـوازه وينتفـع بـه أحـد العاقدين .[٢]

أحكام البيع الفاسد : -

إذا قبض المشترى المبيع ببيع فاسد بإذن البـائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع أن لم يخـير البـائع بقيمته . وذكر قبض ليخرج ما قبل القبض فانه لا يفيـد الملك أطلق القبض ليشمل القبض الحكمـى والفعلـى . **وقال الشافعى** رحمه الله لا يملكـه وأن قبضـه لأنـه محظور لكونه منهيا عنه والنهى يقتضى التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب ووسيلة إلـى درك المطالب فلا يناط به لاشتراط الملائمة بيـن المؤثـر والأثر؛ ولان النهى فسخ للمشروعية للتضاد بين كونـه مشروعا وبين كونه منهيا إذ من ضرورة كـون الشـئ منهيا عنه أن يكون قبيحا ضرورة حكمه الناهى ، ومـن

---

(١) شرح الموطأ جـ ٢ ص ٢٥ ، سنن الدارمى جـ ٢ ص ٢٥٣ .

(٢) العناية على الهداية جـ ٦ ص ٤٤٦ ، ٤٤٧ .

ضرورة كونه مشروعا أن يكون حسنا لأنه مما يوصى به وفى ثبوت الملك به وترتيب الأحكام عليه قول بالمشروعية وهو باطل ألا ترى أنه لا يفيده قبل القبض وبه يزداد الفساد والحرمة فانى يثبت الملك به وضار كالبيع بالميتة وبيع الخمر بالدراهم (١) ووجه قول فقهاء الحنفية بأنه يفيد الملك بالقبض انه يحقق ملزوم الملك وهو البيع فيتحقق الملك وهذا لأنه بيع حقيقة لصدور ركنه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى من أهله فأهل الشئ من يكون قادرا عليه وهو قادر عليه لتندفع به حاجته مضافا إلى محل قابل لحكمه إذ الكلام فيه فيترتب عليه حكمه ، والنهى الوارد فى التصرفات الشرعية لا فسخها لأنه يقتضى تصور المنهى عنه إذ النهى عما لا يتصور لغو لأنه يراد به عدم الفعل مضافا إلى اختيار العبد فيعتمد تصوره ليكون العبد مبتلى بين أن يكف عنه باختيار فيثاب عليه وبين أن يفعله باختياره فيعاقب عليه وتصور المشروع بشرعيته فكان النهى لمعنى فى غير المنهى عنه فيصير مشروعا بأصله غير

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ٩٩ ، المهذب جـ ١ ص ٢٦٨ .

مشروع بوصفه فيصير فاسدا فبان أن نعمـــة الملـــك لا تتصل بالمحظور بل بالبيع وهو مشروع غير محظور ، وانما المحظور ما يتصل به وهو الشرط الفاسد ونحـــوه كما فى البيع وقت النداء يعنى يوم الجمعة فـــان النـــهى ورد ثم لمعنى فى غير المبيع وهو الاشتغال عن السـعى بسبب البيع والاشتغال عن السعى غير البيع . [١]

حكم بيع النجش : -

وبيع النجش مكروه ، والمكروه معناه لغة : مـــا يكره الإنسان ويشق عليه . [٢]

واصطلاحا : هو ما يمدح تاركه ولا يـــذم فاعلـــه [٣]

والنجش هو الأستتار والخديعة وهذا معنـــاه لغـــة [٤]

واصطلاحا : هو أن يزيد فى ثمن السلعة ليغر غيره فى شرائها [٥] لقوله صلى الله عليه وسلم : (ولا تناجشـوا) [٦] ويكره السوم على سوم غيره ، والسوم هـــو أن

---

(١) العناية جـ ٦ ص ٤٥٩ , تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٦٢ .

(٢) مختار الصحاح ص ٦٩٨ .

(٣) نهاية الأول جـ ١ ص ٦٥ ، ارشاد الفحول ص ٦ .

(٤) المصباح المنير جـ ٢ ص ٨١٥ .

(٥) فتح القدير جـ ٦ ص ٨٥١ .

(٦) فتح البارى جـ ٤ ص ٣٥٣ .

يتساوم البائع والمشترى على سلعة ما ويرضى البـــائع بذلك ولم يعقد البيع فيجئ شخص آخر فيســـاوم البـائع على سوم المشترى فانه يجوز فى الحكم لكنه يكـــره لا يحاشه وأضراره وهما قبيحان ينفكان عن البيع مكـــان مكروها إذا جنح البائع إلى البيع بما طلب به الأول من الثمن [١] لقوله صلى الله عليــه وسـلم : (لا يســام الرجل على ســوم أخيــه ولا يخطــب علــى خطبــة أخيه) [٢] وهو أن يزيد فى الثمن بعد تقـــرره لارادة الشراء ، وهذا إذا رضى العاقدان على مبلغ معيـــن ، فأما إذا ساومه بشئ ولم يركن أحدهما إلى صاحبه فــلا بأس للغير أن يساومه ويشتريه لأن هذا بيع من يزيد ولا بأس به لورود الأثر وهو ما روى عن أنس بن مـــالك رضى الله عنه (أن رجلا من الأنصار أتى النبى صلـى الله عليه وسلم فقال له ما فى بيتك شئ ؟ قـــال : بلـــى حلس يلبس بعضه ويبسط بعضه وقعب يشرب فيه الماء قال أئتنى بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وســلم

([١]) العناية على الهداية جـ ٦ ص ٤٧٧ .

([٢]) فتح البارى بشرح التجارى جـ ٥ ص ٣٢٤ .

وقال : من يشترى هذين فقال رجل : أنا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا فقال رجل : أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصارى وقال اشتر بأحدهما طعاما فاشتره إلى أهلك واشتر بالآخر فأسا فأتنى به فأتاه به فشد رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال : اذهب واحتطب وبع ولا أريتك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع ، فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجئ المسألة نكتة فى وجهك يوم القيامة) [١] وفى الحديث دليل على أن من عرض ثمنا أكثر للسلعة ولم يكن للبائع قد ساوم آخر بالشراء يجوز . [٢]

حكم بيع الجلب والحاضر للبادى : -

وتلقى الجلب أى المجلوب مكروه للنهى عنه ، وهذا إذا تلقى واحد من أهل المصر إلى جماعة جاءوا

---

(١) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٤٠ ، سنن أبي داود جـ ٢ ص ١٢٠ .

(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٦٧ ، ٦٨ .

بالطعام إلى هذا المصر وهم محتاجون إليه لما فيه من تضييق الأمر على الحاضرين وان كان لا يضر لا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين واشترى منهم بارخص الثمنين فحينئذ يكره لما فيه من تعمية الأسعار على الواردين والاضرار بهم . (١)

قال أبو هريرة رضى الله عنه (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التلقى) (٢) ويكره بيع الحاضر للبادى لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يبيع الحاضر للبادى) (٣) وهذا إذا كان أهل البلد فى قحط وهو يبيع من أهل البدو رغبة فى الثمن العالى فيكره لأنه أضرار بهم فان لم يكن كذلك فلا بأس به لعدم الأضرار (٤)

حكم البيع عند إذا ن الجمعة : -

الآذان ن فى اللغة معناه : الأعلام (٥) قال تعالى :-

---

(١) مجمع الأشهر جـ ٢ ص ٦٩ ، ٧٠ .

(٢) فتح البارى جـ ٤ ص ٣٧٣ .

(٣) فتح البارى جـ ٥ ص ٣٢٣ .

(٤) النيابة جـ ٦ ص ٤٦٦٦ .

(٥) لسان العرب جـ ١ ص ٥١ .

(وإذا ن من الله ورسوله) [١] أى أعلام وشرعا هو : الأعلام بدخول وقت الصلاة بألفاظ مخصوصة فى أوقات مخصوصة . [٢]

والبيع عند إذا ن الجمعة مكروه لقوله تعالى : (وذروا البيع) [٣] لأن فيه اخلالا بالسعى الواجب على بعض الوجوه بأن قعدا عن البيع أو وقفا ، بخلاف ما لو كانا ماشيين ، أى لو باعا وهما يمشيان إلى الصلاة فلا بأس به ، كذلك يصح بيع من لا جمعة له كالمرأة ، والمعتبر الآذان ن بعد الزوال وهو الآذان الأول وهو دخول وقت الصلاة فلو باع وقت الآذان كان مكروها لترك السعى الواجب فى الآية والبيع جائز فى ذاته مشروع لكنه يكره لأنه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعى . [٤]

حكم بيع العينة : -

---

(١) الآية رقم ٣ من سورة التوبة .

(٢) اللباب فى شرح الكتاب جـ ٧ ص ٥٨ .

(٣) البدائع جـ ٧ ص ٣٢٢١ :

(٤) البدائع جـ ٧ ص ٣٢٢١ .

العينة بكسر العين : السلف ، واعتـــان الرجــل اشترى بنسيئة [١] هذا لغة .

واصطلاحا هو : البيع المتحيل به إلى دفع عين فى أكثر منها .[٢] وصورته أن يبيع شخص سلعة بثمان مائـــة جنيه مؤجلا إلى ستة أشهر

مثلا ثم يشتريها المشترى بخمس مائة حالا وكان هـــذا بغير شرط وموطأة بين البائع والمشترى ، فـــإن كـــان بشرط أو موطأة فهو بيع محرم باتفاق الفقهاء للربا لأنــه شرط حرام واتفاق على باطل [٣] أما

إذا لم يكن هنـــاك شـــرط وموطـــأة بيـــن البـــائع والمشترى فالبيع الثانى باطل مطلقا ويجب فســـخه [٤] وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا تبايعتم بالعينــة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكـــم) [٥]

---

(١) مختار الصحاح ص ٤٦٧ .

(٢) الخرشى على مختصر خليل جـــ ٥ ص ١٠٥ .

(٣) المحلى جـــ ٩ ص ٦٨٨ .

(٤) فتح القدير جـــ ٦ ص ٤٣٣ .

(٥) سنن أبى داود جـــ ٣ ص ٢٧٤ ، مسند الأمام أحمد جـــ ٢ ص ٨٤ .

والحديث دليل واضح على أن بيع العينة حـــرام لأنــه صلى الله عليه وسلم قرنه بما لا خلاف فى حرمته وهـو ترك الجهاد فى سبيل الله ، ثم ذكر النبى صلى الله عليــه وسلم الوعيد لمن تبايع بالعينة وترك الجهاد والوعيــد لا يكون ألا على فعل محرم . (١) وأيضا فانه صلـــى الله عليه وسلم (نهى عن بيعتين فى بيعة) وبيع العينة مـــا هو إلا بيعتان فى بيعة لأن المبيع فيها قد يباع مرتين فى وقت واحد . وأيضا روى فى الأثر عن العالية قـــالت " كنت قاعدة عند عائشة رضى الله عنها فأتتنا أم محبـــة فقالت لها : يا أم المؤمنين . أكنت تعرفين زيد بن أرقــم ؟ قالت نعم . فقالت : فإنى بعت جاريـــة إلـــى عطائــه بثمانى مائة نسيئة ، وأنه أراد بيعـــها فاشـــتريتها منـــه بستمائة نقدا ، فقالت لها : بئس ما شريت وبئــــس مـــا اشترى ، ابلغى زيد أبن أرقم أنه قد ابطل جـــهاده مـــع رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لم يتب) (٢) وفـــى هذا الأثر دليل على عدم الجواز لمن باع ســـلعة بثمـــن

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ١٣٣ .

(٢) السنن الكبرى جـ ٥ ص ٣٣٢١ .

نسيئة أن يشتريها من المشترى بأقل نقدا أى قبل قبـــض الثمن الأول .[١] ويستدل أيضا على عدم جـــواز بيـــع العينة بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قـــال : (يأتى على الناس زمان يستحلون فيه الربا بالبيع) . [٢]

حكم الغش فى البيع : -

أجمع المسلمون على أن الغش فى البيع حرام وقد ثبت التحريم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)[٣] وقوله تعـــالى : (ولا تـــأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)[٤] ووجه الدلالة أن الله تعـــالى نهى عن أكل أموال الناس بالباطل والغش فى البيع مـــن باب أكل أموال الناس بالباطل إذن فهو حرام .

وأما السنة : فبأحاديث منها : -

---

(١) العناية جـ ٦ ص ٤٣٣ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٤ .

(٣) سورة النساء من الآية رقم ٢٩ .

(٤) سورة البقرة من آية رقم ١٨٨ .

١- ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبـــــى صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع طعاما فادخل يـــده فيه فإذا هو مبلول فقال : من غشنا فليس منا)[١]

٢- ما روى عن عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : (سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول : المســـلم أخـــو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيـــب إلا بينه له)[٢]

وأما الإجماع فقد اجمع المسلمون على أن الغش حـــرام ومعنى حديث (من غشنا فليس منا) أى ليس على هدانا وطريقتنا . وقال الشوكانى وهو مجمع على تحريمـــه .

حكم بيع الثمار والزروع بشرط القطع :

إذا اتفق المتعاقدان على بيع الزروع أو الثمار قبل بـــدو صلاحها مفردة عن أصولها لشخص آخر غير من يملك هذه الأصول ، وتم الاتفاق بين المتعاقدين على أن يقـــوم المشترى بقطعها فى الحال بعد العقد مباشرة ، أو بعـــد

---

(١) سنن أبي داود جـــ ٣ ص ٢٧٢ ، سنن ابن ماجة جـــ ٢ ص ٧٤٩ .

(٢) سنن ابن ماجة جـــ ٢ ص ٧٥٥ .

العقد بمدة قصيرة بحيث لا يزيد الثمر أو الـزرع عـن حالته التى يوجد

عليها أثناء العقد ، ولا ينتقل عن طور إلى طور أخر ، فالبيع جائز وصحيح بالاتفاق بين الفقهاء [١] وقد أستدل الفقهاء على جواز هذا البيع بالإجمـاع ومسـتند هـذا الإجماع أن النهى الذى جاءت به أحـاديث رسـول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الزراع والزروع قبل بـدو صلاحها إنما كان خوفا من حدوث الأمراض والعاهـات للثمرة ، وتلفها بسبب ذلك قبل أن يتسـلمها المشـترى فيفوت عليه العوض الذى بذله فيها علـى أسـاس أنـه سيقبضها مدركه وهذه العلة لا توجد فيما أشترط فيـها القطع والتسليم فى الحال لأن الثمار إذا قطعـت بعـد شراءها مباشرة لم يكن هنـاك خـوف مـن حـدوث الأمراض الزراعية لها انتفى الضرر عن المشترى [٢]

شروط صحة بيع الثمار مفردة قبل بدو صلاحها بشـوط القطع : -

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص١٨٩ ، كشاف القناع جـ٣ ص٢٨٣ ، تكملة المجموع جـ١١ ص٣٢٠ .

(٢) المغنى جـ٤ ص٢٠٢ ، كشاف القناع جـ٣ ص٢٨٢ .

الشرط الأول : أن يمكن الانتفاع بالثمر المقطوع قبل بدو صلاحه فإن كان الثمر مما يمكن الانتفاع بقطعه قبل بدو صلاحه مثل اللوز والعنب فيصح بيعه ، أما إذا لم يكن هناك فائدة فى قطعه قبل بدو صلاحـــه كثمـــرة الجوز والكمثرى فلا يصح بيعه بشرط القطـــع لأنـــه لا توجد بالمعقود عليه منفعة فيكون فى بيعه بشرط القطـــع فساد وإضاعة المال وهذا منهى عنه . (١)

الشرط الثاني : أن لا يتم لأهل البلد أو أكثرهم على بيـع الثمر قبل بدو صلاحه بشـــرط القطـــع فاتفـــاق البـــائع والمشترى على هذه الصورة من البيع من غير أن يكون هناك عادة لأهل البلد لا يمنع الجواز أما أن اتفق أهـــل البلد أو أكثرهم قبل ذلك على التعامل فى الثمـــار بـــهذه الصورة أو جرت عادتهم بذلك فلا يصح البيـــع لكـــثرة الفساد حينئذ.

الشرط الثالث :

وهو أن تكون هناك حاجة إلى بيع الثمـــــر قبـــل بـــدو صلاحه فإذا لم تكن هناك حاجة للمتعاقدين أو أحدهمـــا

---

(١) بدائع الصنائع جـ٦ ص٢٩٩٦ ، فتح القدير جـ٥ ص١٠٢ .

تدعو إلى بيع الثمر وقطعه قبل أن يبدو صلاحـــه فـلا يصح البيع [١]

حكم البيع بشرط الإبقاء : -

صورة هذه المسألة أن يتم التعـــاقد علـــى الثمار أو الزروع قبل أن يبدو صلاحها وأتفق المتعاقدان على إبقائها على أصولها حتى يبدو صـــلاح الثمـــار أو الزروع ففى هذه الصورة عناصر محـــل العقـــد غـــير موجودة بأكملها وقت إبرام العقد عليها وســـتوجد بـــاقى أجزاء المحل عندما تنضج الثمار ويبدو صلاحها وقـــد اتفق الفقهاء على أن العقد إذا تم بهذه الصورة يكـــون باطلا وليس له وجود شرعى ولا ينتج أى أثر من الآثار [٢] وقد استدل على ذلك مما يلى : -

١ - ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه قال : [نـــهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع][٣] فالنبى صلى الله عليه

---

(١) شرح الزرقانى على متن خليل جـــ٥ ص١٨٧ .

(٢) الشرح الكبير على المقنع جـــ٤ ص١٩٧ ، شرح الزرقانى جـــ٥ ص١٨٨ ، بدائع الصنائع جـــ٦ ص٢٩٩٦ .

(٣) سبل السلام جـــ٣ ص٤٦ .

وسلم قد نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها والنهى يقتضى فساد ما نهى عنه فيدل ذلك على بطلان التعاقد على الثمار قبل بدو صلاحها بشرط الإبقاء خشية أن تصاب بعد شرائها بما يمنع صلاحها .

٢ - روى أنه صلى الله عليه وسلم [نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة] (١) [ونهى صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد] (٢) والحكمة من النهى هى الخوف من إصابة الثمار والزروع وتلفها قبل أن يتسلمها المشترى لأن الثمرة ستبقى على أصولها زمنا يمكن أن تصاب فيه بما يتلفها فيضيع العوض على المشترى ويأكله البائع بالباطل .

٣ - أن شرط إبقاء الثمار على الأشجار أو إبقاء الزرع فى الأرض إلى أن يبدو صلاح الزرع والثمر شرط فيه منفعة للمشترى على حساب البائع وفيه شغل لملك البائع

---

(١) صحيح مسلم جـ١٠ ص١٧٨ .

(٢) سبل السلام جـ٣ ص٤٧ .

بمال المشترى ، وهذا يؤدى إلى بطلان البيع لأنه شـرط لا يقتضيه العقد ولم يجر به التعامل بين الناس . (١)

حكم بيع الثمار والزرع قبل بدو صلاحها مطلقـا عـن شرط القطع والإبقاء :

إذا تم التعاقد على الثمار أو الزروع قبـل أن يبدو صلاحها ولم يتفق المتعاقدان على قطع الثمر أو إبقائه على أصوله حتى يبدو صلاحه فإن البيع فى هـذه الحالة مطلقا عن شرط القطع الإبقاء صحيح ، وإطـلاق العقد يحمل على إيراده قطع الثمر وتسليمه للمشترى فى الحال (٢)ودليل ذلك ما روى أن رسول الله صلـى الله عليه وسلم قال " [من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتـها للبائع إلا أن يشترط المبتاع](٣)

ووجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسـلم جعل الثمار من حق المشترى إذا اشترطها لنفسه فـدل على جواز بيعها مفردة من غـير اشـتراط تركـها أو

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص١٠٢ ، البحر الرائق جـ٥ ص٣٢٧ ، البدائع جـ٧ ص٣٠٨٢ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٠٨١ .

(٣) سبل السلام جـ٣ ص٤٨ ، ٤٩ .

قطعها لأن عليه الصلاة والسلام لم يشترط لدخول الثمار فى البيع عند اشتراط المبتاع بدو صلاحها .(١)

وأيضا فإن النهى الوارد عن النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها هـو أن يبيعـها صاحبها على أساس أنها مدركة قبل أن تدرك وكذلـك أيضا فإن المتعاقدين فى حالة إطلاق العقد لم يشـترطا ترك الثمار على الأشجار إلى أن يبدو صلاحها فـالعقد خال من الشرط .

وبناء عليه فلا يجوز تفسـيره بـأن المتعـاقدين يقصدان ترك الثمار على أصولها وعدم قطعها فى الحال من غير دليل خاصة إذا كان فى ذلك التقييد إفساد فـى العقد .(٢)

حكم بيع الثمار قبل بدو صلاحها مع أصولها : -

أجمع الفقهاء على صحة بيع الثمـار قبـل بـدو صلاحها مع أصولها فى صفقة واحدة وبثمن واحد .(٣)

---

(١) فتح القدير جـ٥ ص١٠٤ .

(٢) البدائع جـ٧ ص ٣٠٨١ .

(٣) المغنى جـ٤ ص٢٠٢ ، الأقناع جـ٣ ص٤٠ ، الفواكه الدوانى جـ٢ ص١٣٦ ، وشرح الزرقانى جـ٥ ص١٨٧ .

ودليل هذا الاتفاق قوله صلى الله عليه وسلم [من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتـــها للـــذى باعـــها إلا أن يشترطها المبتاع][١] فبيع الثمار مع أصولها مســـتثنى بهذا الحديث من النهى الوارد عن بيع الثمار قبل بـــدو صلاحها . وأيضا يقاس بيع الثمار قبل بدو صلاحها تبعا لأصولها على بيع اللبن فى الضرع مع الشاه .

مع الجهل بمقداره وقت العقد وعلى بيـــع اساسات الحيطان مع الدار مع الجهل بعمقـــها وقوتـــها وضعفها ففى هاتين الصورتين يصح البيع اتفاقـــا مـــع الجهالة الموجودة فى اللبن والأساس فكذلك يصح بيـــع الثمرة قبل بدو صلاحها مع اشجارها مع عـــدم الثقـــة ببقائها سليمة حتى يبدو صلاحها . لأن الجهالـــة التـــى تبطل العقد هى التى تكون فى أصل المعقود عليه ، أمـــا إذا كانت فى شئ تابع للمحل فإنها لا تبطل العقد . (٢)

حكم بيع الثمار بعد بدو صلاحها : -

---

(١) صحيح مسلم جـ١٥ ص١٩١ .

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٢٠٢ .

إذا بدا صلاح الثمار وتم التعاقد عليها بشرط قطع ثمارها بعد العقد مباشرة فالعقد صحيح بالاتفاق بين الفقهاء إما إذا تم التعاقد على أساس إبقاء الثمار على أصولها فإن البيع فى هذه الحالة بشرط ابقائها على أصولها باطل . (١)

والدليل على ذلك ما يلى : -

١ - أن شرط ترك الثمار على أصولها فيه منفعة للمشترى على حساب البائع وذلك مثل من أشترى كمية من القمح على أن يتركها فى مخازن البائع شهرا وهذا شرط لا يقتضيه العقد ولم يجر به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع . (٢)

٢ - أن المشترى لا يستطيع أن يترك الثمار على أصولها إلا إذا اتفق مع البائع على تأجيرها أو إعارتها له وإذا تم الاتفاق على هذا الشرط يكون ذلك إعارة أو إجارة فى بيع وهذا ممنوع(٣)

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٨٢ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٣٠٨٢ .

(٣) الهداية وشروحها جـ٥ ص١٠٢ .

والإجارة لغة : اسم للأجرة ثم استعملت فى العقد على وجه المجاز [١] وشرعا هى تمليك المنافع بعوض [٢]

وأما الإعارة معناها لغة : مشتقة من التصاور وهو التناوب والتداول [٣] واصطلاحا : هى تمليك المنافع بغير عوض .[٤]

حكم بيع ما يوجد من الثمار متتابعا غير متميز ": -

أنواع من الثمار لا تظهر دفعة واحدة بل توجد متتابعة أنواع من الثمار لا تظهر دفعة واحدة بل توجد متتابعة ويظهر بعضها بعد بعض مثل الخيار والبطيخ فهل يصح التعاقد على ما ظهر من البطيخ والخيار فقط أم يجوز بيع ما ظهر من الثمار وعلى ما يتلوه من الظهور؟ والجواب أنه يصح بيع ما وجد من هذه الثمار فقط ولا يصح بيع ما قد يوجد منها فى المستقبل مع الثمار الموجودة بالفعل بمعنى انه يصح إبرام العقد على الخيار والبطيخ الذى ظهر من هذه الثمار أما ما لم

---

(١) لسان العرب جـ١ ص٣١ .

(٢) تبين الحقائق جـ٥ ص١٥ .

(٣) مختار الصحاح ص٤٦٢ .

(٤) تكملة فتح القدير جـ٩ ص٣ .

يظهر والتى يحتمل أن تتبع البطن الأول فى الظهور فلا يجوز إدخالها فى العقد واعتبارها جزءا مـــن المعقــود عليه[١]

والدليل على ذلك ما يلى:

١_أن محل العقد ليس موجودا بأكمله عند التعـــاقد لأن العقد فى هذه الحالة يتم على الموجود وهو ما ظهر مــن الثمار وعلى المعدوم وهو الذى ســـيوجد بعــد ذلــك . والتعاقد على المعدوم لا يصح لما روى انه صلــــى الله عليه وسلم(نهى عن بيع ما ليس عندالانسان ورخص فى السلم) [٢]

٢-إن ما لم يظهر من المعقود عليه معدوم وهو ثمرة لم تخلق بعد فلا يجوز بيعها قبل ظهورها تبعا لما ظـــــهر قياسا على بطلان التعاقد على الثمار قبل ظهور شـــى[٣] منها والسلم معناه لغة: كل مال قدمته فى ثمـــن ســـلعه

---

(١)حاشيه ابن عابدين جـــ٤ ص٤٢،وما بعدها،البدائع جـــ٦ ص٢٢٩٧

(٢) نصب الراية جـــ١ ص٤٥ .

(٣) المغنى جـــ٤ ص٢٠٧ .

مضمونة اشتريتها لصفة [١] واصطلاحا : هــو أخــذ عاجل بآجل .[٢]

حكم بيع النحل

النحل لا يصح بيعه إلا إذا كان فى مكانه الــذى يعيش فيه فيباع بما فيه من النحل والعسل ووجه ذلك أن النحل لا ينتفع به بنفسه فلا يعد مــالا وإنمــا يحصــل الانتفاع بما يخرج منه وهو معدوم فلا يجــوز التعــاقد عليه منفردا ويجوز بيعه تبعا للعسل ويكون محلا للبيــع مع غيره [٣]

حكم بيع المبيع قبل قبضه : -

من المعلوم أنه يشترط فى محل عقــد البيــع أن يكون مملوكا للبائع ملكا تاما والمــراد بــالملك التــام : المستقر وبالملك الناقص غير المستقر ، فإن كان ملــك البائع للشيء الذى يريد أن يتصرف فيه غــير مســتقر مثل : -

---

(١) لسان العرب جـ٣ ص٢٠٦٨ .

(٢) المبسوط للسرخسى جـ١٢ ص١٢٢ .

(٣) البدائع جـ٦ ص٣٠٠٩ .

أن يشترى إنسان سلعة ولم يتسلمها من بائعها له كـــان هذا الملك ضعيفـا وناقصـا ولا يجـوز للمشـترى أن يتصرف فيها بالبيع قبل أن يقبضها من البائع (١)

وبناء على ذلك فقد اتفق الفقهاء على بطلان بيـع الطعام قبل أن يتسلمه المشترى من البائع ، فلا يصـح لهذا المشترى أن يقوم ببيع الطعام الذى اشتراه لشـخص آخر قبل أن يقبضه وذلك لقوله صلى الله عليه وسـلم [من اتباع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه وفى رواية حتى يقبضه] والنهى يقتضى فساد ما نهى عنه (٢)

حكم بيع العين المؤجرة : -

العين المؤجر متعلق بها حـق المسـتأجر فـى استيفاء منفعتها مدة الإجارة ولكن هل هذا الحق مؤثـر فى تصرف المالك فى ماله المستأجر ام ؟

والجواب أن بيع الشىء المستأجر ينعقد صحيحا ولكـن يوقف نفاذه على إجارة المستأجر . (٣)

---

(١) المجموع جـ٩ ص٢٨٧ .

(٢) صحيح مسلم جـ١ ص١٦٨ .

(٣) البدائع جـ٦ ص٣٠٣٦ الفتاوى الهندية جـ٣ ص١١٠ ، بدر المنقى جـ٢ ص٤٠٠

ومعنى هذا أن البيع نافذ فى العلاقة بين البائع والمشترى ولكنه موقوف فى حق المستأجر فإذا أجاز المستأجر البيع نفذ فى حقه وانفسخت الإجارة ووجب عليه تسليم العين للمشترى ، لأن إجارة المستأجر للبيع تعتبر نزولا عن حقه فى المنفعة فتخلص العين من الحق الذى تعلق بها وتنفذ تصرفات المالك فيها ، ولكن وإذا كان المستأجر قد عجل للمالك شيئا من أجره العين قبل استيفاء المنفعة فمن حقه أن يرفض تسليم العين حتى يسترد ما عجلة من أجره [١]

وإذا لم يجز المستأجر العقد فالبيع لا يتوقف إلا فى حقه هو حتى تنقضى هذه الإجارة وليس من حق البائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر إذا رفض إجارة البيع ، فإذا انتهت مدة الإجارة نفذ البيع فى حقه ووجب عليه تسليم العين المستأجرة .[٢] وليس للمستأجر حق فى المطالبة بفسخ البيع لان حقه فى المنفعة لا فى العين ، والبيع عقد على العين فلم يكن تصرفا فى محل حق

---

(١) الفتاوى الهندية جـ٣ ص١١٠ .

(٢) بدر المتقى جـ٢ ص٤٠٠ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص٣٠٣٦ .

المستأجر فلا يثبت له الخيار ، لأنه ليس له مصلحة فى المطالبة بالفسخ لأن العقد لا يظهر أثره فى حقه إلا بعد انتهاء مدة الإجارة وبالنسبة للمؤجر فالبيع نافذ فى حقه وليس له فسخ البيع الذى صدر فيه للمشترى ، لأنه أبرم العقد

وهو يعلم أن العين التى باعها قد يتعلق بها حق المستأجر ، وأما المشترى فإذا لم يكن يعلم إن العين التى اشتراها مستأجرة فيثبت له الحق فى طلب الفسخ لأن العقد المطلق أى الذى لم يحدد لتنفيذه وقت معين ، يقتضى تسليم المعقود عليه فى الحال والبائع هنا عاجز عن التسليم نظر الوجود المعقود عليه تحت يد المستأجر فيثبت للمشترى حق طلب الفسخ . وإن كان يعلم أن العين التى تعاقد عليها مستأجرة فلا خيار له ، لأنه أقدام على الشراء راضيا بتسليم العين بعد انتهاء مدة الإجارة واستيفاء المستأجر مما اشتراه (١)

الحكم بيع المفلس : -

---

(١) بدائع الصنائع جـ٦ ص٣٠٣٦ .

أموال الدين يتعلق بها حق الدائنين بمجرد صدور الحكم من القاضى بالحجر عليه ، ومن ثم قيدت الشريعة الإسلامية حرية تصرفه فيها بالبيع والشـــراء لأن فـــى إطلاق حريته فى التصرف فى أمواله إضرار بالغرمـــاء وتضييع لحقوقهم ، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بحفـظ الحقوق لصحابها بكل الطرق وسد السبل التـــى تـؤدى إلى إضاعتها . والمدين أما أن يبيع ماله بعـــد صـــدور الحكم بالحجر عليه أو بعد الحجر عليه بالفعل وفيما يأتى بيان لحكم بيعه فى كلتا الحالتين : -

الحالة الأولى : بيع المفلس لماله قبل الحجر عليه : -

إذا باع المدين مالا من أمواله قبل أن يحجر عليه فبيعه صحيح إذا استوفى أركانه وشروطه وينفـــذ فـــور انعقاده وينتج آثاره كاملة فتنتقل العيـــن المبيعـــة إلـــى المشترى دون توقف على إجارة القـــاضى أو الغرمـــاء ودليل ذلك ما يلى :

١ – أن المدين قبل الحجر عليه بعد كامل الأهلية ولـــم يتعلق حقوق للدائنين بأمواله فيصبح تصرفـــه فيـــها وينفذ مثل غيره تماما . (١)

٢- إن السبب فى منعه من البيع هو الحجر عليه ومــــا دام لم يصدر حكم بهذا الحجر فلا يمنع مـــن البيـــع لأنه لا يتقدمن المسبب على سببه .

الحالة الثانية : بيع المفلس لماله بعد الحجر عليه : –

يرى الإمام أبو حنيفة عدم جواز الحجر على المدين بمال مهما كان دينه مستغرقا لما يملك محافظة على حريته فى التصرف وإنسانيته ما دامت أهليته كاملـة له بالعقل وللمحافظة على حقوق الغرماء طريق آخر غير الحجر وهو الحبس . بينما يرى الصاحبان أبـو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى جواز الحجر عليـه متى كان دينه مستغرقا لما يملك وبناء على رأيـهما إذا تم الحجر على المدين فإن حقوق الغرماء تتعلـق بأمواله ويمنع من التصرف فيها بالبيع .(٢)

---

(١) المغنى جـ٤ ص٤٨٩ .

(٢) مجمع الأنهر جـ٢ ص٤٤٣ ، بداية المجتهد جـ٢ ص٣٦٤ وما بعدها .

شروط التصرف الممنوع على المفلس : -

اشترط الفقهاء فى البيع الذى يمتنع علـــي المفلـــس إبرامه فـــى أموالـــه التـــى تعلـــق بـــها الغرمـــاء شرطين : -

الشرط الأول : -

أن يكون البيع متعلقا بعين من أعيانه المالية لأنـــه هو الذى يترتب عليه انتقال مال من أمواله إلى المشترى فيضار الدائنون من ذلك ، أما إذا باع شيئا فى ذمته فإنه يجوز ويترتب عليه أثره كاملا فإذا باع المفلس سلما كان بيعه صحيحا ونافذا لأنه أهل لا بـــرام العقـــد والحجـــر الموجود فى حقه متعلق بأمواله ولم يتعلق بذمته فيصـــح بيعه ويثبت المبيع دينا فى ذمته لأنه لا ضـــــرر علـــى الغرماء فيما يثبت على المدين فى ذمته . (١)

الشرط الثانى : -

أن يكون المبيع بأقل من ثمن المثل .

ذهب الصاحبان إلى القول بأن بيع المدين المفلس لعيـــن من أعيان ماله يعد ممنوعا إذا تم البيع بثمن أقل من ثمن

---

(١) مجمع الأنهر جـــ٢ ص٤٤٢ وما بعدها .

المثل ، وأما إذا كان البيع بثمن المثل أو أكثر فلا يمنـــع منه المفلس لأنه لا ضرر على الغرماء مـــن ذلـــك لأن حقهم يتعلق بثمن العين المبيعة لا بالعين ذاتها . (١)

حكم بيع المفلس لما تعلقت به حقوق الدائنيـــن :

يمتنع على المفلس بيع شيء مـــن أموالـــه بعـــد صدور حكم من القضاء بالحجر عليه وذلك حفاظا علـــى أموال الدائنين التى تعلقت بأمواله . ولكن ما الحكـــم إذا خالف المفلس وتصرف فى شيء من أمواله بالبيع ؟

والجواب أن بيع المدين بعد الحجر علية لمال من أمواله يعد صحيحا ولكنه يوقف نفاذه على إجارة الغرماء فـــإن أمضوه نفذ وترتبت عليه آثاره وانتقلت العين المبيعة إلى المشترى ، وإذا رده الغرماء وبطل البيع ولم يكن له أثر من الآثار ودليل ذلك ما يلى : -

١ - يقاس بيع المفلس لعين من أعيان ماله على بيعـــه وشرائه فى ذمته فكلما أنه إذا باع شيئا فـــى ذمتـــه

---

(١) المرجع السابق .

يصح بيعه فكذلك إذا باع عينا من أعيانه المالية ، لأنه لا فرق بين الصورتين

٢ – يقاس بيع المفلس على بيع المريض بجامع أن كلا منهما حجر عليه لحق الغير وهو الورثة والدائنون فما أن بيع المريض مرض الموت يصح ويوقف على إجارة الغرماء فكذلك الحكم فى بيع المفلس .[1]

حكم بيع العين المرهونة : –

الرهن فى اللغة : ما وضع عند الإنسان مما ينوب منابة ما أخذ منه وحبس الشىء بأى سبب كان .[2]

واصطلاحا : هو جعل الشىء محبوسا بحق يملكه استيفائه منه كالدين حقيقة أو حكما [3]

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المصباح المنير جـ١ ص٩٢ .

(٣) نتائج الأفكار لقاضى زاده جـ١٠ ص١٣٥ .

والرهن يعتبر وثيقة لدين المرتهن ووسيلة يتوصل بها الدائن إلى استيفاء حقه منها عند حلول أجل الدين أن عجز الراهن عن الوفاء به .

وإنما يتم هذا بالحجر على الراهن وتقييد سلطاته التى يملكها على ماله المرهون ومنعه من التصرف فيه تصرفا يضر بصاحب الدين .

والراهن إذا باع ماله المرتهن يعد تصرفه هذا إخلالا بالتزامه المترتب على عقد الرهن،لكن ما حكم بيع الراهن لماله المرهون بغير إذن المرتهن؟

والجواب إن البيع الذى يبرمه الراهن فى ماله المرهون الموجود تحت يد المرتهن يعد صحيحا غير انه يوقف على أجازه المرتهن أو سداد الدين، فان إجارة المرتهن أو قام الراهن بسداد ما عليه من دين نفذ البيع وترتبت عليه آثاره وانتقلت ملكية العين المرهونة إلى المشترى ويكون ثمنها رهنا عند الدائن المرتهن لأن هذا التصرف مستوف لأركانه وشروطه والمانع من نفوذه

فور إبرامه هو لحق المرتهن وهذا يزول بإجارته للبيع(١)

أما أن رفض المرتهن إجارة البيع وأراد إبطالـــه فليس له الحق فى فسخه ويبقى العقد قائما لا ينفـــذ لأن حق الدائن يحفظ بإيقاف العقد عن النفاذ فليس له مصلحة فى فسخ البيع . وبالنسبة للمشترى فقد قـــرروا أن لـــه الخيار بين أن يصبر حتى يفك الرهن ويتسلم العين التى اشتراها وبين أن يطلب من القاضى الحكم بفسخ العقـــد لعجز البائع عن تسليم المعقود عليه .

والخيار فى البيع برؤية بعض المعقود عليه : -

إذا وجد المشترى الأجزاء التى لـــم يشـــاهدها مـــن المعقود عليه على الصفة التى رآها فى الأجزاء التى تم التعاقد برؤيتها فالعقد لازم وليس للمشترى حـــق فى طلب الفسخ . وإذا وجد الأجزاء التى لم يشاهدها أدنى صفة من

---

(١) البائع جـ٨ ص٣٧٤٠ ، درر الحكام فى شرح غرر الأحكام جـ٢ ص٢٥٦ .

الأجزاء التى رآها ثبت له الخيار فى إمضاء البيع ورده لأن المشترى رضى بالتعاقد على المبيع على أسلس أن جميع أجزائه على الصفة التى رآها فى جزء منه (١)

فإذا اشترى شخص مثلا كمية من الحبوب برؤية بعض منها وكان فى هذا البعض الذى رآه المشترى عيب كبعض إلا تربة مثلا ورضى المشترى بهذا العيب على أساس أنه لا يوجد إلا فى أعلى المعقود عليه وأن باقى الأجزاء نظيفة وخاليه من العيب ثم ظهر له بعد أن رأى جميع أجزاء المعقود عليه أن هذا العيب موجود فى كل أجزائه ففى هذه الحالة للمشترى حق فسخ البيع مع أن الأجزاء لم يشاهدها المشترى عند العقد موافقة للأجزاء التى جرى على أساسها التعاقد والسبب فى هذا أن المشترى قد يقبل التعاقد على أساس أن باقى أجزاء المعقود عليه خالية من العيب الذى رآه فى جزء منها فإذا ظهر له أن العيب موجود فى كل أجزاء المعقود

---

(١) شرح الزرقانى جـ٥ ص٣٥ .

عليه تقرر له الحق فى فسخه وإمضائه [١] البيـــع برؤية أنموذج للمعقود عليه :-

هذا البيع يتمثل فى قيام البائع بعرض جزء أو مقدار من المعقود عليه على المشترى على إن يبيعه كمية معينـــة يتفق مع هذه العينة فى الصفات من الجـــودة والـــرداءة فيقيل المشترى والحكم فى هذه الحالة إن البيـــع برؤيـــة أنموذج للمعقود عليه صحيـــح،لآن المقصـــود معرفـــة صفات المعقود عليه وهذه المعرفـــة تحصـــل برؤيـــة أنموذج منه.[٢]

شروط صحة البيع على الأنموذج :-

الشرط الأول :- أن يكون المعقود عليه من الأشـــياء المتماثلة مثل القمح والقطن ، أما إذا كان المعقود عليـــه من الأشياء المتفاوتة فلا يصح بيعه برؤية بعض أفرادها ، لأن رؤية البعض لا تفيد العلم بالباقى نظراً لأنها رؤية

---

(١) الرجع السابق .

(٢) مجمع الأنهر جـ٢ ص ٣٧ . الهداية مع العناية جـ٥ ص ١٤٢ .

البعض لا تفيد العلم بالباقى نظراً لأنـــها تختلــف فـــى جودتها ورداءتها وقيمتها [١]

الشرط الثانى :-

أن يعين البائع الشيء الذى سيتم بيعـــه بطريـــق الأنموذج وأن يدخل الأنموذج الذى رآه المشترى ضمــن المعقود عليه مثال أن يقول له بعتك القمح الموجود بـــهذا المخزن وهذا أنموذج منه ثم يضم هذا الأنمـــوذج إلـــى باقى المعقود عليه [٢].

حكم بيع السلعة الغائبة بالوصف :-

يصح بيع السلعة الغائبة التى لم يشاهدها المشترى بطريق الوصف وهى الطريقة التى جرت عليها عــــادة الناس فى بيع السلعة الغائبة وذلك بأن توصف الســـلعة وصفاً يبعد عنها الجهالة الفاحشة وهذا يوقن ببيان جنــس المعقود عليه ونوعه وقدره وجودته ورداءته مثل أن يتم التعاقد على كميه من القطن ، فيذكر البائع نوعه ورتبتــه ودرجة نظافته إلى غير ذلك مما يصير به المعقود عليــه

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المجموع جـ٩ ص ٣٢٧ .

معلوماً متعيناً ، أو أن يقول البائع بعتــك عبــدا تركيــاً ويذكر صفاته التى تحدده وتميزه عن غيره [1].

١- قوله تعالى : [وأحل الله البيع وحـــرم الربــا][2]

وقوله سبحانه : [يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكـــم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكـم] [3]

وبيع العين الغائبة الموصوفة يعد من البيوع التى أحلـها الله للناس ومن التجارة التى تتم بالتراضى بينهم ، ولـــم يرد عن النبى صلى الله عليه وسلم ما يمنع البيع بذكـــر أوصاف الشىء المبيع [4]

٢ - القياس : -

قال أصحاب هذا الرأى بيع السلعة الغائبة بذكـــر أوصافها عند العقد على محل السلم بجامع أن كلاً منهما لم يشاهده المشترى حين العقد عليــــه فكمـــا أن الســلم يصحح ببيان أوصاف محله لأن الوصف يوجد المعرفـة

---

(١) القناية جـ٢ ص١٣٧ .

(٢) سورة البقرة آية رقم (٢٧٥) .

(٣) سورة النساء آية رقم (٢٩) .

(٤) المحلى لابن حزم جـ٨ ص٣٤١ .

به فكذلك العين الغائبة يصح بيعها بذكر أوصافها عند العقد (١).

٣- إن الرؤية لا يشترط فيها الاطلاع على الصفات الخفية فى المعقود عليه ويكتفى فيها برؤية الصفات الظاهرة ، فكذلك لا يشترط فى التعاقد بطريق الوصف معرفة الصفات الخفية للشيء الموصوف بجامع أن كلا من الرؤية والوصف طريق للعلم بمجلس العقد (٢).

شروط البيع بطريق الوصف :-

هناك شروط يلزم توافرها لصحة البيع بطريق الوصف وهى :-

١-أن لا يكون واصف السلعة هو البائع فإذا قام البائع بنفسه بذكر صفات ساعته للمشترى فلا يصح البيع والحكمة من اشتراطاته أن البائع قد يقصد المبالغة فى وصف سلعته كى يبيعها بثمن مرتفع فلا يكون هناك ثقة بوصفه (٣)

---

(١) الشرح الكبير على المقنع جـ٤ ص٢٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) حاشية الدسوقى جـ٣ ص٢٣ .

٢- أن يصدق الموصوف له واصف السلعة إذا كان أجنبياً . أما إذا تم البيع بوصف البائع أو المشترى فيصح البيع سواء صدق أحدهما الآخر أو لم يصدقه.
والحكمة من هذا الشرط : هى أن وصف البائع السلعة للمشترى ، أو وصف المشترى للبائع يحصل به التراضى ويتهم البيع سواء صدق أحدهما الآخر أم لا.

أما إذا قام بوصف السلعة شخص أجنبى غير البائع والمشترى ولم يصدقه الموصوف له فكأن البيع فى هذه الحالة قد تم من غير ذكر لأوصاف المعقود عليه ، لعدم الثقة بالواصف فيكون البيع مجهولاً من البائع أو المشترى والعقد على المجهول لا يصح [١].

٣- أن يكون المشترى ممن يعرف ما وصف له معرفة تامة وبناء على ذلك إذا لم يكن المشترى من أهل المعرفة بالعين الموصوفة مثل أن يشترى شخص سيارة أو سفينة مثلاً وليس له معرفة بأوصافها التى تذكر له فالبيع لا يصح لأن الوصف هنا لا يحق العلم بالمبيع

---

(١) المحلى جـ٨ ص ٣٤٣ .

لدى المشترى فيبطل العقد لفوات شـــرط مـــن شـــروط صحته (١).

٤- أن تكون السلعة المبيعة على والصف غائبـــة عـــن مجلس العقد أو يكون فى رؤيتها ضرر أو فساد لـــها أن كانت حاضرة بالمجلس ، فإذا كانت الســـلعة موجـــودة بمكان التعاقد عليها وليس فى رؤيتها ضرر أو فساد لـــها فلا يصح بيعها على اللزوم بطريق الوصف لأن العدول عن رؤية المعقود عليه مع إمكانها إلى بيعـــها بطريـــق الوصف تمرر ومخاطرة (٢).

٥- أن لا يوجد المبيع بمكان يعيد جداً عن مكان العقـــد إذا كان البيع لازما وذلك بحيث يظن العاقد أن أنه يمكن إدراك المعقود عليه على الصفات التى تم على أساســـها التعاقد فإن كان فى مكان بعيد جداً بحيث يمكن أن يتغير قبل تسليمه عن حالته التى وصفت وتم علـــى أساســـها البيع أو يصعب تسليمه للمشترى منع البيع على اللـــزوم وذلك للحالة والغرر (٣).

---

(١) الفواكه الدوانى جـــ٢ ص١٤١ ط الحلبى .

(٢) الشرح الصغير بحاشية الصاوى جـــ٢ ص١٣،١٢ .

(٣) الخرشى بحاشية العدوى جـــ٣ ص٣٩١ .

وتقدير البعد يختلف من زمان إلى زمان ومن ثـم فهذه مسألة متروكة بحسـب الظـروف والمواصـلات وسرعة الانتقال من مكان إلى آخر .

٦- أن لا يكون المعقود عليه فى مكان قريب جداً مـن مكان التعاقد إذا كان البيع على اللزوم فإن كان مكانـه قريباً جدا بحيث يمكن رؤيته بدون مشقه فلا يصح البيـع بالصفة لأن العدول عن الرؤية إلـى الوصـف غـرر ومخاطر [١] .

٧- أن توصف السلعة بالمواصفات التى تضبطها وهـى الأوصاف التى يترتب على ذكرها وعدمه اختلاف الثمن وهى الصفات التى تكفى فى السلم [٢] .

خيار الرؤية فى البيع بطريقة الوصف :-

اتفق الفقهاء على أن المشترى إذا رأى السلعة بعد العقد عليها فوجدها بأوصاف غير الصفات التى تم على أساسها العقد فللمشترى بعد رؤيتها الخيار فى فسخ البيع

---

(١) تهذيب الفروق جـ٣ ص٢٤٥ .

(٢) كشاف القناع جـ٣ ص١٦٣ ، والفروق للقراء فى ص٢٤٧ ط دار المعرفة .

و إمضائه ، لكن هل يعطى المشترى الخيـــار إذا رأى السلعة فوجدها على الصفات التى تم عليها البيع ؟

الجواب : إن للمشترى إذا رأى العين التـــى اشـــتراها الحق فى فسخ البيع و إمضائه ســـواء وجـــدت العيـــن بصفاتها المذكورة في العقد أم وجدت بخلاف ذلـــك[١] . ودليل ذلك أن بيع العين الغائبة التى لم يشاهدها العـــاقد يسمى بيع خيار الرؤية ولهذا يثبت فيه خيـــار الرؤيـــة للمشترى وإن جاءت العين حسب الصفـــات المطلوبـــة فيها .

وأيضاً قاس أصحاب هذا الرأى بيع الشىء يذكـــر أوصافه على بيعه من غير وصف له بجـــامع أن كـــلاً منهما لم يشاهد المشترى فكلما يثبـــت للمشـــترى حـــق الخيار فى الحالة الثانية فكذلك يثبت له الخيار فى الحالة الأولى لأن رؤية المعقود عليه من تمام العقد [٢] . وكذلك أيضاً روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنـــــه قال :-

---

(١) العناية على الهداية جـ٥ ص١٣٧ ، فتح العزيز جـ٨ ص١٥٧ .

(٢) المغنى جـ٤ ص٨٤ .

[من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه] [١] .
فهذا الحديث يقرر حق الخيار للمشترى إذا اشترى ما لم يشاهد عند العقد سواء وجد الشيء بصفاته المطلوبة أم لا .

حكم التعاقد على العين الغائبة بدون وصف ولا رؤية يصح بيع السلعة الغائبة بدون ذكر أوصافها ولا رؤيتها قبل العقد مع إعطاء المشترى حق الخيار عند رؤيتها [٢] .
والدليل على صحة هذا البيع ما يلى :-
١- قوله تعالى : [وأحل الله البيع] [٣] فهذه الآية عامة وتدل على أن جميع البيوع المباحة وفيها بيع الشيء الغائب بدون رؤيته ولا وصفه ما دام لم يدل على المنع منه سنة ولا إجماع .[٤]
٢- روى عن عثمان وطلحة أنهما تبايعا داريهما إحداهما بالكوفة والأخرى بالمدينة ، فقيل لعثمان أنك قد

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى جـ٥ ص٢٦٨ .
(٢) بدائع الصنائع جـ٦ ص٣٠٥٣ .
(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ .
(٤) المجموع جـ٩ ص٣٣٠ .

غبنت ، فقال ما أبالى أنى بُعت ما لم أراه ، وقيل لطلحة : فقال لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره فتحاكما إلـــى خبير بن مطعم فجعل الخيار لطلحة [١]. وهذا يدل على اتفاقهم على صحة البيع بدون وصف المعقود عليـــه ولا تقدم رؤيته .

٣- القياس :-يقاس البيع بدون رؤية المعقود عليـــه ولا صفته على عقد الزواج بجامع أن كلا منـــهما عقـــد معاوضة فكما أن الزواج لا يشترط فيه رؤية الزوجيـــن فكذلك البيع فكذلك البيع لا يشترط فيه رؤيـــة المعقـــود عليه ولا وصفه . [٢]

حكم بيع العين المغصوبة :-

الغصب فى اللغة : أخذ الشىء من الغير على ســـبيل التغلب والقهر [٣] .

واصطلاحها : هو أخذ مال متقوم محـــترم بغـــر إذن المالك على وجه يزيل يده [٤].

---

(١) تلخيص الجبير جـ٨ ص١٤٧ .

(٢) المغنى جـ٤ ص ٧٦،٧٧ .

(٣) مختار الصحاح ص٤٧٥ .

(٤) تبين الحقائق جـ٥ ص٢٢٢ .

من المعلوم من شروط صحة العقد أن يكون المحل مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد لأن الشيء إذا كان غير مقدور على تسليمه ليشبه المعدوم والعقد على المعدوم لا يصح (١) . ومن تطبيقات هذا الشرط بيع الشيء المغصوب ، والشيء المغصوب إما أن يتم التعاقد عليه بين المالك وبين الغاصب نفسه ، وإما أن يبيعه المالك لشخص أجنبى غير الغاصب ومن ثم فيحكم هذه المسألة حالتان : -

الحالة الأولى :- بيع الشيء المغصوب لغاصبة نفسه إذا باع المالك ماله المغصوب للشخص الذى غصبه منه فبيعه صحيح ونافذ . (٢) وعلة صحة البيع فى هذه الحالة أن المانع من صحة بيع الشيء المغصوب هو عدم القدرة على تسليم المعقود عليه للمشترى غير موجودة فى هذه الحالة ، لأن الشيء المبيع مسلم بالفعل للمشترى وموجود تحت يد المشترى وهو أتم من القدرة

---

(١) كشاف القناع جـ ص١٦٣ .

(٢) البدائع جـ٢ ص٣٠١٩ .

على تسليم المعقود عليه فصح البيع لأنه لا يوجـــد بـــه غرر .[١]

الحالة الثانية :- بيع الشيء المغصوب لأجنبى :-

إذا كان التعاقد على الشيء المغصوب مع شخص أجنبى غير الغاصب فالبيع ينعقد ويكون صحيحـــاً مـــع وقف نفاذ العقد على إثبات الغصب بالبينة أو الإقرار بـــه من الغاصب فإن أقر الغاصب بأنه غصب هذا الشـــيء الذى يراد بيعه أو كان لمالك المال المغصوب بينة عادلة تثبيت حقه تنفذ العقد وأصبح لازما وإذا لم يكن لصاحب المال بينة ولم يقم بتسليمه حتى هلك المال المغصـــوب فقيل أن البيع ينفسخ وقيل البيع لا ينفسخ [٢].

العجز الشرعى : -

العجز الشرعى أن يكون البائع قادرا على تســـليم المعقود عليه إلا أن هذا التسليم يترتب عليه ضرر بـــه وإضاعة مال من أمواله [٣] ففى هذه الحالة

---

(١) كشاف القناع جـ٣ ص١٦٢ ، شرح الزرقانى جـ٥ ص ١٨ .

(٢) البحر الرائق جـ٦ ص٨٦ ، الدر المختار جـ٤ ص١٥٤ .

(٣) شرح الزرقانى على خليل جـ٥ ص١٨ .

يعتبر المحل غير ممكن التسليم شرعا ، وحتـــى يكـــون التسليم ممكنا ويصح البيع لا يكفى أن يكون المبيع مقدرا على تسليمه بل يجب أيضا إن لا يترتب على هذا التسليم ضرر بالبائع مثال ذلك:-

بيع عمود عليه بناء للبائع أو فص فى خـــاتم أو زراع من ثوب يضره التبعيض وينقص قيمته ونحو ذلك . ففى هذه الصور البائع قادر على تسليم المبيع بنزع الفـــص من الخاتم أو قطع الجزء المبيع من الثوب أو هدم البنـاء وتسليمه للمشترى ، والمشترى قادر علـــى تســليم مـــا أشترى إلا أن هذا لا يتم إلا بضرر يلحق بالبائع والحكم فى هذه الحالة إنه إذا تم التعاقد على شىء يترتب علـــي تسليمه ضرر مادى بالبائع كان العقد فاســـدا فـــإن أراد البائع أن يوفى بالتزامه بتسليم المبيع وقام باختياره بنزع الجزع من السقف أو قطع الثوب أو غير ذلك وعـــرض على المشترى تسليم المعقود عليه قبل أن يقوم المشترى بفسخ العقد صح البيع ، ويجبر المشترى علـــى تســليم المعقود عليه إذا أمتنع .

ووجه ذلك أن تسليم المعقود عليـــه للمشــترى لا يمكن أن يتم من غير ضرر يلحق بالبائع وهذا الضـــرر لا يوجبه العقد على البائع والشريعة لا تلزمـــه بالوفـــاء بالتسليم وبناء على هذا يكون من حق البائع الامتناع عن تسليم المعقود عليه وأن يرجع فى العقد الذى قام بإبرامه هذا قد يؤدى إلى حدوث نزاع بين البـــائع والمشــترى والعلة فى إجبار المشترى على تسليم المبيع إذا عــرض عليه البائع التسليم إن السبب فى فساد العقد هـــو مــا يترتب على تنفيذه من ضرر مالى بالبائع ، فـــإذا قــام البائع باختياره بتنفيذ العقـــد وتســليم المعقــود عليــه بالمشترى راضيا بما يترتب على ذلك من ضرر بـــه ، فقد زوال المانع من صحة العقد ولا حجة للمشترى فــلا الامتناع عن التسليم [١]

الغرر : -

---

(١) البدائع جـ٢ ص٢٩٩٨ ، درر الحكام فى شرح فى شرح غرر الأحكام جـ٢ ص١٧٠

الغرر فى اللغة هو الخطر : ويقال غره بغـوة أى خدعه وأطعمه بالباطل ، وبنفســه ومالــه وتغريــر أى عرضهما للهلكة [١]

واصطلاحا هو الشك فى وجود المبيع [٢] مثل : بيع الحمل واللبن والضرع ، واللؤلؤ فى صدفه [٣]

الحكمة من النهى عن بيع الغرر : -

اتفق الفقهاء على إن الغرر الكثير يبطل العقــد ، والحكمة من هذنا أن البيع تصرف مقصود بــه تنميــة المال وتحصيله فيجب أن يجتنب فيه الغرر إلا إذا كــان يسيرا أو أدت الضرورة إلى ارتكابه ، لأنــه إذا كــان هناك غرر وجهالة فى المبيع كان من المحتمل أن يضيع المال المبذول فى مقابله فمن ثم نهى الشرع عن البيع إذا وجد فيه جهالة بالمعقود عليه فبيع حمل شارد يعد غررا أو مقامرة لأن البائع قد يخسر إن عثر على الحمل وتــم للمشترى الحصول عليه لأنه يبيع بأقل من ثمنه نظــرا

---

(١) لسان العرب باب الراء فصل الغين .

(٢) حاشية بن عابدين جـ٤ ص١٩ .

(٣) الدر المختار جـ٤ ص١١٩ .

لأنه شارد فإذا لم يعثر عليه كسب البائع لأنه أخذ مـــالا فى نظير شيء لم يسلمه للمشترى وكذلك الأمر بالنســبة للمشترى فهو أما أن يفوت العوض على المشترى إذا لم يعثر على المعقود عليه أو يختل التوازن بين العوضيــن لصالح المشترى على حساب البائع إن تم العثور علــى المعقود عليه وهذا يــؤدى إلــى أكــل أمــوال النـــاس بالباطل [١] وهذا ما نهى الله عنه فى قوله تعالى [يـــا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالبـــاطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم][٢]

أقسام الغرر : -

ينقسم الغرر إلى ثلاثة أقسام .

الأول : غرر مؤثر . الثانى غرر غير مؤثر . الثـالث : غرر متوسط .

فيما يأتى بيان لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة

١ - **أولا :** الغرر المؤثر : -

---

(١) مقدمات ابن رشد جـ٢ ص٥٤٨ ، الفروق للقراف جـ١ ص١٥١ .

(٢) سورة النساء آية سبق تخريجها .

الغرر الذى يؤثر فى صحة العقد هو الغرر الكثير وهذا النوع لا يغتفر فى البيع ، ويؤدى إلى بطلان العقد مثل بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء الكثير وجميع البيع التى نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل بيع حبل الحبلة ، وهو عبارة عن بيع جنين الناقة ، ومثل بيع ما لم يخلق ، وبيع الملامسة ، وكانت صورة فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يشتريه ليلا ولا يعرف ما فيه وسبب تحريم هذا البيع الجهل بصفة المعقود عليه

والعلة فى هذه كثرة الغرر الموجود بها [١]

ثانيا : الغرر الذى لا يؤثر فى صحة العقد : -

الغرر الذى لا يبطل العقد هو الغرر اليسير أو الذى يؤدى الضرورة إلى ارتكابه ولا يمكن الاحتراز عنه ، ومثاله : دخول الحمام بأجرة أو أن يشرب المشترى كفايته من الماء مقابل مبلغ معين ، فالناس يتفاوتون فى استهلاك الماء ، وفى مكثهم داخل

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص١٩٦ ومقدمات ابن رشد جـ٢ ص٥٤٨ وشرح الباجى على الموطأ جـ٥ ص٤١ .

الحمامات إلا أن هذا التفاوت من القلـــة إلـــى الكـثرة يتسامحون فيه عادة ولا يؤدى إلـــى أى خـــلاف بينـــهم وكذلك إذا كانت حاجة تؤدى إلى ارتكاب الغـــرر ولـــم يمكن البعد بالعقد عنه إلا بمشقه فإن الغرر يغتفر مثـــال ذلك : الغرر الحاصل فى أساسات الجدران وفى شـــراء الحيوان الحامل فأساسات المـــنزل لا يمكـــن رؤيتـــها ومعرفة عمقها وعرضها ومتانتها ، وكذلـــك فـــى بيـــع الحامل يحتمل أن يكون واحد أو أكثر ذكر أو أنثى سليما أو معيبا ولا يمكن معرفة ولو اشترط العلم فى أساســات الجدران وبالحمل فى بطن لأدى هذا منع التعاقد فى هذه الأمثلة ولذلك يغتفر الغرر فى هذه الحالة (١)

ثالثا : الغرر المتوسط : -

هذا النوع من الغرر بعضهم الحقه بالغرر الكثـير لزيادة مقداره عن الغرر اليسير فحكم بمنع التعاقد مـــع وجوده ، وتأثيره فى صحة العقـــد . وبعضـــهم ألحقـــه بالغرر اليسير لأنه أقل من الكثير فحكم بصحة العقد مع وجوده مثال هذا النوع بيع المزروعـــات المعيبـــة فـــى

---

(١) المجموع جـ٩ ص٢٨٠ ، زاد المعاد جـ٤ ص٥١٥ .

الأرض مثل الجزر والقلقاس والبصل والثوم [١] وحكـم بيع هذه الأشياء قبل خلعها من الأرض ورؤيتها بـــاطل ولا يصح بيعها حتى تقلع وتشاهد [٢] ووجه بطلان هذا العقد هو أن العاقد لم ير المعقود عليه ولــم تذكــر لــه أوصافه فيكون مجهولا والمجـــهول لا يصـــح العقــد عليه [٣]

أنواع الغرر المؤثر فى صحة العقد : -

الغرر وصف شامل لما يعترى العقد ، فيجعل الخطر فيه ظاهرا على مصلحة البائع أو المشترى وللغرر أنـــواع كثيرة أهمها ما يلى : -

النوع الأول : الغرر فى العقد مثاله البيع فـــى بتعييــن وذلك بأن يكون فى السلعة الواحدة ثمنا مختلفان أحدهمـا يدفع نقد ا والثانى موجل إلى أجل.

مثل أن يقول البائع للمشترى: بعتك هذا الشى بألف جنيه نقدا. أو بألف ومائتين مؤجلة إلى سنة مثـــلا علـــى أن

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص١٩٦ .

(٢) المجموع جـ٩ ص٣٣٨ .

(٣) المغنى جـ٤ ص٢٠٨ .

يكون البيع لازما بأحد الثمنين ثم يقوم المشترى باختيار الشراء بالثمن الذى يعجبه، فالسعلة هنا لم يحدد لها ثمن واحد ، وإنما جعل لها ثمنان مختلفان ثمن يدفع نقدا وثمن مؤجل أكثر من الثمن الأول فكأنهما بيعتان فى بيعة واحدة لأن البائع والمشترى لم يتفقا على إمضاء العقد بثمن معين من الثمنين فالعقد لا يصح فى هذه الصورة لعدم العلم بالثمن لأن التعاقد لم يتم على أساس ثمن معين للسلعة ، والبائع لا يعرف أى الثمنين باع به سلعته والمشترى لا يعرف الثمن الذى سيدفعه مقابل السلعة وقت العقد (١) وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم [عن بيعتين فى بيعه] (٢)

النوع الثانى : -

الغرر فى الأجل : - يشترط لصحة العقد فى البيع المؤجل أن يكون الأجل المحددة لدفع الثمن معلوما قال تعالى : [إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه] (٣)

---

(١) مقدمات ابن رشد جـ٢ ص٥٤٨ ، مجموع جـ٩ ص٣٧٢ .

(٢) تلخيص الخبير جـ٨ ص١٩٤ مطبوع بهامش المجموع

(٣) سورة البقرة آية رقم (٢٨٢) .

فإن كان الأجل مجهولا مثل أن يتم الاتفاق على أن يدفع المشترى الثمن عند قدوم غائب أو نزول المطر مثلا كان البيع فاسدا (١)

والحكمة من اشتراط العلم بميعاد دفع الثمن هى قطع دابر النزاع بين المتعاقدين لأن أجل الدفع لو كان مجهولا كان من مصلحة البائع أن يطالب به فى أقرب وقت ومن مصلحة المشترى أن يتأخر هذا الميعاد وقد يتضرر أحدهما من دخول الميعاد الذى قد يتقدم أو يتأخر عما حسبه فى ذهنه فيؤدى ذلك إلى النزاع بين البائع والمشترى من أجل ذلك أشترط الفقهاء لصحة العقد أن يكون أجل دفع الثمن معلوما لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم [اشترى طعام من يهودى إلى أجل ورهنه درعه] (٢)

النوع الثالث : الغرر فى أحد العوضين : -

لهذا النوع من الغرر أمثلة كثيرة منها :

---

(١) الهداية جـ٥ ص٨٣ .

(٢) نيل الأوطار جـ٥ ص٣٥١ ط دار الجيل..

١ - الغرر فى الوجود وهو من أهـــم صـــور الغـــرر وأكثرها تأثيرا فى صحة العقد ، ويودى الـــى بطلانـــه إذا وجد فيه ومثاله بيع الشى المعدوم كبيع الثمـــر قبـــل يخلق وكبيع ماله خطر العدم مثل بيع الحمل. [١]

٢-الغرر فى الحصول: أى حصول المشترى على مـــا دفع فيه الثمن مثل السمك فى البحر والطير فى الســـماء فبيع هذه الأشياء من نوع بيع الغرر لأنه قد يخرج فـــى شبكة الصائد شيء من السمك وقد لا يخرج وقد يكـــون الخارج قليلا وقد يكون كثيرا. فإذا اشترى إحدى شـــيئا من ذلك فقد يخسر إذا لم يوجد المحل على الصفة والقدر المطلوب ويكون هو الغابن إذا وجد على الوجه الـــذى يرجوه ومن ثم لا يصح العقد وفى هذه الصور لكـــثرة الغرر فيها.

٣ - الغرر فى المقدار : -

يشترط لصحة البيع أن يكون مقدار المعقود عليـــه والثمن معلوما فإذا كان أحدهما جهلة وغرر فلا يصـــح العقد مثاله بيع الحصاة مثل أن يتم التعاقد على قطعة من

---

(١) البدائع جـــ٦ ص٢٩٩٦، الفروق جـــ٣ ص٢٦٥.

الأرض قدر ما تبلغ الحصاة التى يرميها العاقد . وهـــذا البيع فاسد لما فيه من الغرر المتمثل فى الجهل بمقـــدار المعقود عليه لما روى أن النبى صلى الله عليــه وســلم نهى عن بيع الغرر [١]

٤ - الغرر فى تعيين المعقود عليه : -

إذا كن المعقود عليه من الأشياء المتفاوتة فلابـــد لصحة العقد أن يكون

معنيا بالذات مثل أن يقول البائع للمشترى بعتـــك هـــذه السيارة . أما إذا لم يكن المبيع معينا بالذات مثـــل بيـــع شجرة من بستان أو ثوب من عدة أثواب منن غير تحديد للمبيع فلا يصح البيع من الغرر المتمثل فى عدم تعييـــن المعقود عليه وتحديده بذاته . [٢]

---

(١) السنن الكبرى جـــ٥ ص٣٣٨ .

(٢) الشرح الكبير على المقنع جـــ٤ ص٢٩ ، الفروق للقرافى جـــ٣ ص٢٧٥ .

المبحث الثامن

عقد المزارعة

تعريف المزارعة في اللغة: -

المزارعة هي المفاعلة من الـــزرع وهــو الاثبــات المضاف سببه إلي العبد مباشـــرة بخلــق الله وقدرتــه وإيجاده(٢) وذلك لقوله تعالي

[أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون] ٠

تعريفها اصطلاحا:- هي عقد علـــي الـزرع ببعــض الخارج منه ، أو هي دفع الأرض من مالكها 'لي مـــن يزرعها بجزء من الـــزرع ٠ (٤) والمعنـــي الحقيقـــي للزرع هو الاثبات ،ولهذا ورد النـــهي عـــن أن يقــول الإنسان زرعت بل يقول حرثت ، قال رسول الله صلـــي الله عليه وسلم ٠ [لا يقولن أحدكم زرعت وليقل حرثت] ومعني هذا أنه لا يصبح أن يقول زرعـــت ويريـــد المعني الحقيقي للزرع وهو الاثبات لأن المنبت هــو الله تعالي لأن العباد يلقون البذر ولا ينبت أصلا أو ينبت ثـم تجتاحه ٠ أما إذا قال زرعت وأراد منه المعني المجازي أي ألقيت البذر فانه جائز ولهذا قال صلي الله عليه وسلم

: [لا يغرس المسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منــــه إنسان ولادابة ولاشي إلا كانت له صدقة فهذا صريح في جواز شبة الزرع إلي الإنسان ٠ والمشهور أن مصــــدر المفاعلة لا يقع الابين اثنين كالمشاركة والمضاربة وقــد يستعمل مصدر المفاعلة في فعل واحد ويصبح اسـتعماله في الآمرين ،لأن الزرع مسبب عن شيئين أحدهما فعــل العامل وهو الحرث والبذر والسقي ونحو ذلك وثانيهما : فعل المالك وهو تمكين العامل من الأرض والآلات التي يزرع بها ،فالزرع واقع بسب الاثنين ومن ثم يتضح أن المزارعة معناها الشركة في الزرع٠

حكم المزارعة :-

أختلف الفقهاء في حكم المزارعة علي مذهبين :-

المذهب الأول:-

ذهب أصحاب هذا المذهب إلي القول بأن المزارعة غير صحيحة شرعا وعقدها فاسد لأن العقد علي جنس واحـد بين الربويات٠

المذهب الثاني:-

ذهب أصحابه إلي القول بان عقد المزارعة عقد صحيح وهي جائزة شرعا٠

الأدلة :-

استدل أصحاب المذهب الأول علي ما ذهبوا إليه بما يلي :-

١-روي عن رافع بن خديج أنه قال : كنا نخاير علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم علي أمر كان لنا نافعا وطاعة الله ورسوله أنفع لنا ،وقلنا ما ذاك قال رسول الله صلي الله عليه وسلم :[من كانت له أرض فليزرعها ولايكثر بها بثلث ولاربع ولا بطعام مسمي](٦)

٢- قال صلي الله عليه وسلم :[من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه]٠ (٧)

٣- استئجار الأرض ببعض الخارج منها كالنصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول فلا يجوز كالإجارة ٠

واستدل أصحاب المذهب الثاني بمايلي:-

١- روي أن النبي صلي الله عليه وسلم [عامل أهـــل خيبر بشطر ما يخرج من الأرض من زرع أو ثمر .

٢- روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلـــي أنـــهم عاملوا أهل خيبر بالشطر الذي يخرج مـــن الأرض (٨)والراجح ما ذهب إليه أصحاب الـــرأي الثـــاني وهو القائل بصحة عقد المزارعة لحاجة الناس أليـها ولتعاملهم بها عرفا بالشروط التي بينها الفقهاء لحالة الصحة٠

وبناء علي ذلك فإن حكم المزارعة ينقسم إلي قسمين

الأول : حكم المزارعة الصحيحة:-

وهو ملك منفعة الأرض حالا ، والشركة في المتحصـــل من الزرع مآلا ، وذلك لأن صاحب الأرض ملك العامل منفعة أرضه للعمل فيها علي أن يكون لـــه جـــزء فـــي المتحصل من ربعها بالاشتراك معه٠

الثاني : حكم المزارعة الفاسدة:-

إن المزارع لا يجب عليه شي من أعمال المزارعة فـــلا يلزم بشي إلا بالعقد الصحيح ويكون علي العامل أجـــر

المثل إن كان البذر من قبل رب الأرض وان كان البذر من العامل كان لرب الأرض عليه اجر مثل أرضه ، وأجر العامل في المزارعة الفاسدة غير واجبة مالم يوجد استعمال الأرض فلا يجب له أجر مثل العمل كما لا يجب عليه أجر مثل الأرض فإذا استعملت الأرض وجب أجر المثل وان لم تخرج شيئا ٠

أركان عقد المزارعة :-

أركان عقد المزارعة ثلاثة :-

١- العاقدان ٠ ٢- المعقود عليه ٠ ٣- الصيغة ٠

والمقصود بالعاقدين المالك والعامل والمقصود بالمعقود عليه الأرض واما الصيغة فهي الإيجاب والقبول فإذا قال صاحب الأرض للعامل دفعت إليك هذا الأرض لتعمل فيها مزارعة بالنصف أو الثلث وقال العامل قبلت فقد تم التعاقد بينهما ٠ومن المعلوم أن فقهاء الحنفية يخصون الركن بالصيغة فقط وما عدا الصيغة تعتبر شروط وليست أركان ، وهذا اصطلاح ولا خلاف فيه .

شروط صحة المزارعة :

شروط صحة المزارعة أنواع :

النوع الأول : يتعلق بالمتعاقدين - وهما المـــالك والمزارع - وهو العقل فلا تصح المزارعة من مجنــون ولا صبي لا يعقل ، أما الصبي المميز المـــأذون مـــن وصيه فإن مزارعته تصح ولا يشـــترط فيـــها الحريـــة فتصح أيضا من العبد المأذون من سيده.

النوع الثاني : يتعلق بـــالمعقود عليــه وهــو الأرض والأجرة ، فيشـــترط فـــي الأرض أن تكــون صالحـــة للزراعة ، وأن تكون معلومة ، وان تسلم إلي الـــزارع خالية من الزراعة للمالك أو للغير .

النوع الثالث : يتعلق بالمزروع:-

وهو أن يبين النوع الذي يريد زرعه من قمح أوقطن أو نحوهما إلا إذا قال له صاحب الأرض ازرع ما شـــئت فإنه يجوز له أن يزرعها ما شاء ألا أنه ليـــس لـــه أن يغرس فيها شجر لان عقد المزارعة خاص بالثبات.

النوع الرابع : يتعلق بالناتج المتحصل من الزرع :-

١- أن يكون مذكورا في العقد فلو لم يذكر فسد العقد
٢- أن يكون المتحصل لهما معا ، فإذا اشـــترطا أن يكون الخارج كله لاحدهما دون الآخر لا يصح عقد

المزارعة ثم إذا كان الخارج كله للعامل كان إعـارة من المالك ، وإذا كان الخارج كله للمالك كان إعانـة من العامل.

٣- أن يكون حصة كل من الشـريكين مـن نفـس الخارج ،فلو شرطا أن يكون نصيب أحدهما قمحـا من كون الخارج قطنا لا يصح ، وكذلك لو اشـترطا أن يكون نصيب أحدهما قطنا من القطن المـزروع في ارض أخري وهكذا .

٤- أن يكون نصيب كل منهما مـن ذلـك الخـارج معلوما كالنصف أو الثلث أو نحو ذلك .

٥- أن يكون جزء شائعا في الجملة كأن يكون نصفـا أو ثلثا وهكذا ، فلا يصح أن يحدد باردتين أو ثلاثة أو نحو ذلك.

٦- أن لا يشترط لا حدهما زيادة معلومة كان يشـترط لأحدهما نصف الخارج مـع زيـادة أردب مثـلا ، أو يشترط له قيمة البذر ثم يقسم الباقي نصفيـن أو ثلاثـا لجوار أن لا تخرج الأرض شيئا سوي البذر .

النوع الخامس : يتعلق بالمدة :-

يشترط في المدة أن تكون محددة ، وأن تكون هذه المدة صالحة في العادة والغالب لا تمام الزرع ونضوجه وحصاده

النوع السادس:- يتعلق بآلة الزرع:-

وهو أن تكون في العقد تابعة ، فإذا جعل للبقر الذي يحرث مقابلا من عمل أو بذر أو نحوهما فسد العقد .

ومن شروط الصحة أيضا :بيان من عليه البذر سوء أكان المالك أم العامل ، لان البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض

كانت المزارعة استئجار للعامل ، وان كان البذر من قبل العامل كانت استئجار للأرض ، فإذا لم يذكر من عليه البذر لم يعلم أن كان العقد إجارة للأرض أو للعامل فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح العقد .

الشروط المفسدة لعقد المزارعة :-

١- اشتراط كون الخارج لواحد منها .

٢- اشتراط العمل علي صاحب الأرض لأن ذلك يمنع تسليم الأرض إلي العامل وهو شرط من شروط الصحة ٠

٣- شرط كون آلة الزرع من حيوان ونحوه علي المالك أما شرط الحصاد والتذرية ونحو ذلك قيل أنه شرط يفسد العقد وقيل يجوز إذا كان عرف الناس علي هذا ، والذي ينبغي اتباعه في ذلك هو أن كل ما يحتاج إليه من الزرع قبل إدراكه وجنائه من السقي والحراثة وقلع الحشائش الضارة به وحفر الأنهار ونحو ذلك فإنه يكون علي المزارع العامل ٠

أما ما يحتاج إليه الزرع بعد جفافه إدراكه فهو علي قسمين :-

القسم الأول : ما يحتاج إليه الزرع قبل قسمة الغلة تخليص الحب من التبن والتذرية ونحو ذلك ، فنفقات هذا تكون علي الشريكين بنسبة مالهما من الخارج من النصف أو الثلث وهكذا٠

القسم الثاني : ما يحتاج إليها الزرع بعد قسمة حبه من الحمل إلي البيت ونحو ذلك ونفقات هذا يكون كل واحد في نصيبه بمعني أن كل واحد ينفق علي ما يخصه بعد القسمة٠

٤- أن يشترط كون التبن لمن لا يدفع البذر لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ٠

٥- أن يشترط صاحب الأرض علي المزارع أن يحدث بالأرض شيئا دائما يستمر بعد انتهاء زرع المدة المتفق عليها كبناء دار أو مصرف ماء أو حفر ترعة أو نحو ذلك فإن شرط شي من ذلك في العقد فقد فسد٠

أنواع المزارعة :-

والمزارعة التي يمكن العقد عليها أربعة أنواع :**ثلاثا** منها صحيحة **وواحدة** فاسدة، فالصحيحة هي التي يكون العمل فيها دائما من جهة العامل وهو الزارع ، والفاسدة هي التي يكون العمل فيها من جانب المالك ٠

الأنواع الصحيحة من المزارعة :

الأول :أن يتم العقد في المزارعة علي أن يكون العمل من جانب المزارع والأرض والبذر والآلة وكل ما يلزم الأرض والزراعة بعد العمل من جانب المالك ٠وهذا النوع جائز ، لأن صاحب الأرض في هذه الحالة يكون مستأجرا للمزارع ليعمل له في أرضه علي أن يكون أجرته ببعض الخارج منها الذي هو نماء ملكه وهو البذر ،فأجرة معلومة في الجملة٠

النوع الثاني: أن يتم العقد علي أن تكون الأرض من جانب المالك،والباقي كله وهو البذر والعمل والآلة من الجانب الآخر وهو المزارع وهذا النوع جائز لأن العامل يصير مستأجرا للأرض ببعض الخارج منها٠

النوع الثالث : أن تكون الأرض والبذر من المالك والعمل والآلة من جانب الآخر وهو المزارع وهذا جائز أيضا لأن المالك استأجر العامل وآلته ببعض الخارج من الارض٠

العقد الفاسد في المزارعة :-

وأما النوع الفاسد والذي يصير عليه العقد فاسدا فهو أن يتم العقد علي المزارعة بشرط أن يكون البذر

من جانب العامل والباقي كلـــه وهـــو الأرض والعمـــل والآلة من جانب المالك لأن ذلك لا يعتبر مزارعة بـــل يكون ربا محرما لأن المعقود عليه يكون أحد الأجنـــاس الربوية وهو الزرع بجنسه لأجل فقيه عـــدم التســـاوي وعدم الحلول فيحرما للإجماع علي حرمته

الأحكام العامة لعقد المزارعة :-

- كل ما كان من باب النفقة علي الزرع ولم ينص عليه في العقد فعلي العاقدين معا علي قدر حصتها في الخارج منه فإن كان مناصفة كانت النفقة عليها بالسوية ، وأن تفاوتت روعي هذا التفاوت بين المتعاقدين فيغرم أحدهما بمقدار حصته من الخارج ٠
- كل ما كان من أعمال المزارعة بما يحتاج الزرع إليه لإصلاحه فعلي المزارع وحده وأن لم ينص عليه في العقد ٠
- ناتج المزارعة بين صاحب الأرض والمزارع بما اتفقا عليه في العقد ولا حجر علي حريتها إذا كان بعيدا عن الفرر أو التدليس أو الإكراه٠

- إذا لم تخرج الأرض شيئا فلا شي لواحد منهما قبل الآخر ولاالتزام ٠

- عقد المزارعة لازم من الجانبين إذا تم مستوفيا لجميع أركانه وشروطه الشرعية ، فلا يحق لأحدهما التحلل منه إلا برضاء صاحبه[١] لقوله تعالي:[يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعهود] [٢] ٠

---

(١) المغني جـ٥ ص٤١٧ وما بعدها ، حاسة الدسوقي جـ٣ ص٢٧٢ ٠
(٢) سورة المائدة آية رقم ١ ٠

المبحث التاسع

عقد المساقاة

تعريفها لغة :-

المساقاة في اللغة مشتقة من السـقي وهـي اسـتعمال شخص في نخيل أو كروم أو غيرها لاصلاحـها علـي سهم معلوم من غلتها، ثم إن المساقاة مفاعلة والقياس أن مصدرها وهو السقي واقعا بين اثنين أما هنا فهي علـي غير بابها أو أنها لوحظ فيها التعاقد وهـو واقـع بيـن المالك والعامل وسميت مساقاة مع أنه عقد يشتمل علـي خدمة الشجر وغيره لأن السقي أهم أعماله خصوصا إذا كان الدلاء من بئر عميق ، فإن كان السقي شـاقا كـل المشقية فلا تكاد الأعمال الآخرى تذكر بجانبه ٠

تعريفها في الشرع :

هي عقد علي خدمة شجر ونخـل وزرع ونحـو ذلـك بشرائط مخصوصة ٠ أو هي عقد علي شجر من مـالك ليتعهده غيره بالسقي والتربية علي أن ما يرزق الله منه من ثمر يكون بين المتعاقدين[1] ٠

---

(١) مغي المحتاج جـ٢ ص٣٢٢ ٠

حكم المساقاة :-

حكمها الجواز عند جمهور العلماء ودليل هذا ما روي عن ابن عمر أن رسول الله صلي الله عليه وسلم [عامل أهل خيبر علي شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع][1] ولأنه مال ينمو بالعمل فجازت المعاملة عليه ببعض نمائه كالأثمان .

ركن المساقاة :

ركنها الإيجاب والقبول وذلك بأن يقول له أي مالك الشجر دفعت إليك هذا البستان مساقاة فيقول العامل قبلت ما تجوز فيه المساقاة :-

المساقاة تصح في كل نبات يبقي في الأرض سنة فأكثر ، فتصح في الشجر الكبير كشجر النبق وتصح في النخيل ، وتصح في الزرع سواء كان خضر كالجرجير والكرات وتسمي بالبقول والبطيخ والعجور والشمام ونحو ذلك وكذلك العنب والرمان والسفرجل ونحو ذلك . ولا يشترط في الشجر أن يكون مثمرا فتصح في الصفصاف والجوز والصنوبر والأثل ونحوها بشرط أن

---

(١) نيل الأوطار جـ٥ ص٢٧٢ .

تكون بحاجة إلي السقي والحفظ فإذا تحتج لذلـــــك فـــلا تصح عليها المساقاة ٠

شروط المساقاة :-

١ - أن يكون العاقدان عاقلين ولو لم يكونا بالغين ٠

٢ - أنهما إذا تعاقدا علي شجر مثمر أن يكون ثمــــره يزيد بالعمل فيه فإذا كان أو فيه ثمر قد احمـــــر أو اخضر أو اصفر ولكنه لم يســـــتو ، فإنــــه يصـــح مساقاته ، أما إذا كان قد استوي واصبح صالحــــا للجني ولكن ينقصه أن يكون رطبا فإن مســــاقاته لا تصح ٠

٣ - أن يكون الخارج من الثمر لهما فلا يصح أن يكون لواحد منهما فقط

٤ - أن تكون حصة كل واحد منها معلومة القدر كالثلث أو الربع أو نحوهما ٠

٥ - أن تكون شائعة في جميع الشجر ٠

٦ – التسليم للعامل وهو أن يخلي بينه وبين الشـــجر ، فلو اشترطا أن يكون العمل عليهما معا فسد العقد . (١)

الشروط المفسدة لعقد المساقاة:-

١ – كون الخارج كله لأحدهما .

٢ – أن يكون لأحدهما نصيب معلوم العدد أو الكيل كأن يشترط أن يكون له عشرين كيلة من التمر .

٣ – شرط العمل علي صاحب الأرض أو عليهما.

٤ – أن يكون علي أحدهما حمل الثمر وحفظـــه بعـد قسمته ، لأن بعد القسمة يكون كل واحد مســئولا عــن نصيبه .

٥ – شرط قطع الثمر وقطفه علي العامل وحده .

٦ – شرط عمل ترقي منفعته بعد انتهاء مدة المســاقاة ، كبناء حائط أو غرس أشجار أو نحو ذلك .

٧ – أن يكون النصيب تابعا للعمل ، فلو تعاقدا علــي أن يخدم العامل ليأخذ ثلث ثمره ويأخذ المالك الثلث الثــاني ، ويأخذ

---

(١) مغني المحتاج جــ٢ ص٣٢٢،المغني لابن قدامة جــ٤ ص٣٩١ ،الموطا ص٤٩٤،وما بعدها وحاشية الدسوقي جــ٣ ص٥٣٩ .

شخص ثالث لم يعمل الثلث الآخر لم يصح العقد

أحكام المساقاة:-

١ - أن ما يحتاج إليه الشـــجر ونجــو ه مــن الســقي وإصلاح الترع والحفط وتلقيح النخيل ونحو ذلك فإنه يلزم به العامل ، أما ما يحتاج إليه الشجر من النفقــة وما يحتاج إليه الأرض من تقليب أو سباخ أو نحـــو ذلك من النفقات المطلوبة لإصلاح الأرض والشـــجر لينمو الثمر ويزيد ،فإنه يكون عليهما بحسب نصيــب كل منهما ٠

٢ - أن يقسم الخارج بينهما بحسب الشرط ٠

٣ - أنه إذا لم يخرج الشجر شيئا فلاشي لواحد منـــــهما علي الآخر ٠

٤ - أن عقد المساقاة لازم من الجـــــانبين فــلا تصـــح لأحدهما فسخه بعد تمامه من غير رضا صاحبـــه آلا لعذر كمرض العامل إذا كان يضعفه عن العمــــل أو تبين للمالك أن العامل سارق معروف بالسرقة فإن له

أن يفسخ التعاقد معه ، وتفسخ بموت المتعـــاقدين أو أحدهما وبانقضاء المدة .

٥ – أن العامل يجبر علي العمل آلا لعذر .

٦ – جواز الزيادة علي الشرط والحـــط منـــه. وأمـــا المساقاة الفاسدة فحكمها أن الخارج يكون كله للمـــالك وأن للعامل أجر مثله سواء اخرج الشجر ثمر أم لا

الفرق بين المساقاة والمزارعة:-

أن عقد المساقاة لازم فلا يصح لأحدهمـــا فســخه بعـــد الإيجاب والقبول بخلاف عقد المزارعة فإنه لا يلـــزم في جانب صاحب البذر إلا إذا ألقي بذره بالأرض .

١- إذا تعاقدا علي مدة معينة في المساقاة ثـــم انقضـــت المدة قبل استواء الثمر فإنه يكون للعامل الحق في أن يقوم علي الأشجار ويباشرها حتى تنتـــهي ثمرتـــها ولكن لا يكلف العامل بدفع أجرة حصته من الشـــجرة حتى تستوي الشجرة التي يجنيها .

أما المزارعة فإن العامل وأن كان له الحق فـــي القيام علي الزرع بعد انقضاء المدة تنتهي ولكن للمـــالك

الحق في مطالبته بأجر أرضه التي عليها زرعه إلـي أن ينتهي لأن الأرض يصح استئجارها ٠

٢- إذا تعاقد شخص مع آخر علي خدمة بستان مسـاقاة وعمل فيه ثم ظهر أن ذلك البستان حق لشـخص آخـر غير الذي تعاقد معه فإن كان به ثمر فإن العامل يرجـع علي من ثبت له ٠ أما إذا تعاقد معه عقد مزارعة وثبت أن الأرض حق لغير من تعاقد معه فإن الزرع كله يكون لمن ثبت له الأرض ويرجع العامل عليه بقيمة ما يخصه من الزرع ٠

٣- إن بيان المدة شرط في المزارعة ، وليست شرطا في المساقاة وذلك لأن وقت إدراك الثمر معلوم عادة فإذا لم يبينا المدة فيقع العقد علي أول ثمر يخـرج في تلك السنة٠

المبحث العاشر

عقد الصرف

تعريفه لغة :الصرف في اللغة يطلق علي عدة معان منها :
ا- التحويل . ب-التخلية . جـ -الاتفاق. د-البيع .
تقول صرفت الرجل عن وجهته بمعني حولته عنها
وصرفت الأسير بمعني خليت سبيله وصرفت المال بمعني
أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بمعني بعته ومنه كان
الصارف وهو أسم الفاعل من صرفه علي وزن فعل
والصيرفي والصراف وهو علي وزن فعال من صيغ
المبالغة وذلك لكثرة تصريفه النقود وتحويلها(١) وفي
الشريعة :بيع الاثمان بعضها ببعض أي بيع الذهب بالذهب
والفضة بالفضة أو بيع أحدهما بالآخر. (٢)ومن ثم فلابد من
توفر أركان عقد البيع التي سبق الكلام عنها ، في عقد
الصرف والشروط المطلوبة لصحة البيع علي العموم ،أي
ما كان ركنا للبيع فهو ركن للصرف لأنه من أقسام البيع
العام إلا أنه يشترط للصرف شروط زائد علي شروط البيع
الخاص

---

(١) المصباح المنير مادة صرف ص ١٥٣: ١٥٤ .
(٢) التعريفات للجرجاني ص١٧٤ .

شروط عقد الصرف :-

الشرط الأول : أن يكون البدلان متساويين سواء كانا مضروبين كالجنية المصري المأخوذ من الذهب ، أو كانا مصوغين كالأسورة والقلادة والكردان ونحو ذلك فلا يصح أن يبع جنيها بجنية مع زيادة قرش فأكثر كما لا يصح أن يبيع أسورة زنتها عشرون جراما بأسورة زنتها خمسة وعشرون ٠ وان اختلفت نقشتها وصياغتها ٠

الشرط الثاني : الحلول ٠

فلا يصح أن يبع ذهبا بذهب أو فضة بفضة مع تأجيل قبض البدلين أو أحدهما ولو لحظة ٠

الشرط الثالث : التقايض في المجلس :-

بأن يقبض البائع ما جعل ثمنا ويقبض المشتري ما جعل مبيعا فأن افترقا بأيد انهما قبل القبض فقد بطل العقد ٠

ولندرة الذهب والفضة وتسهيلا للتداول فقد طبعت عملات ورقية لتحل محل الأولي في التعامل بين الناس في الوقت الحالي ٠

ومعني كونه مضروبا أي مصنعا علي هيئة عملة معينة للتعامل بها في أي بلد من العالم وأما كونه غير مضروب فهو ما يطلق علي الخام منها والذي لم يصنع أصلا بأن

يكون ذلك علي هيئة سبائك أو مصنعا علي هيئة أوان وحلي مثلا ولا يصح بيع جنيه ذهبي بجنيه آخر مع زيادة أحدهما في الوزن ولا يصح مع التساوي في الوزن إذا كان بزيادة قرش أو قرشين أو درهم مثلا من جانب أحدهما ، فأن كانا متساويين في الوزن صح البيع ولو كان أحدهم أزيد من الآخر في القيمة بالشروط السابقة ، كما لا يصح بيع عملة ذهبية أو فضية بعملة أخري إلا مع التساوي وتحقق الشروط السابقة ،

كما لا يصح بيع أسورة ذهبية بأسورة ذهبية أخرى أحدهما ثلاث أوقيات والأخرى خمس أو أربع ، فإذا بيع جنس بآخر كالذهب بالفضة أو العكس صح البيع مع التفاوت في الوزن والقيمة بشرط الحلول والتقايض في مجلس العقد وعلي ذلك يجوز أن يشتري الجنية الذهبي الذي قيمته مائه وعشرون قرشا من الفضة بمائة قرش فقط من الفضة أو بأقل من ذلك أو بأزيد لحديث [فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد] أي مقابضة في مجلس العقد ، والفلوس المأخوذة من معادن أخري غير الذهب والفضة كالنيكل والبرونز والنحاس والألمنيوم ، مثل القروش المضروبة وغيرها من عملات البلاد الأخرى فإنه لا ربا

في التعامل بها عند جمهور أهل العلم ، ولا يشترط فيها ما يشترط في الذهب والفضة أو النقود المتخذة منهما فيجوز بيع الجنس منهما بعضه ببعض ولو مع التفاضل والتأخير في الدفع من طرف واحد أو من الطرفين معا لأنهما كعروض التجارة إلا أن فقهاء الحنفية ذهبوا إلي أنه لابد من شرط القبض في مجلس العقد لأن الفلوس المأخوذة من غير الذهب والفضة إذا جعلت ثمنا في المبيع فإنها لا تتعين بالتعين كالذهب والفضة لأن بهما قوام الأشياء لأن الذهب والفضة لا يتعينان بالتعين فلا يملك ما يبع من الذهب بعينه ولا الفضة إلا بالقبض لأنه قد يكون للمشتري غرض بخصوصه في هذا المبيع ، فمثلا إذا باع شخص لآخر جنيها بخصوصه بخمسين قطعة من ذات القرشين وقبل الطرفان وجب تسليم الجنية في المجلس قبل التفرق ، ولا يجب تسليم الثمن وهو القروش بل يصح التأجيل في دفعها بعد التفرقة إلي أجل يحدد فيما بينهما ، وذلك لأن عدم تسليم الجنية في المجلس يترتب عليه احتمال تبديله أو تغيره من البائع بآخر واو مثله والحال أنه مبيع بخصوصه وللمشتري غرض فيه فلو غير فيه أو بدل كان البيع واقعا علي غير

معين و ذلك لا يصح ولكن رأي الجمهور هو الأولي بالاتباع لأنه يحقق المصلحة ويسهل التعامل بين الناس ما دام ذلك قد اتفق علي أنه يدخل في عروض التجارة من حيث البيع والشراء [١]

(١) المراجع والمواضع السابقة .

المبحث الحادي عشر

عقد السلم

تعريفه لغة :

السلم في اللغة مثل السلف وزنا ومعني ٠ يقـــال أسلم واسلف وسلف بمعني واحد في الجميع بيع الســـلم كما يشمل السلف وهو القرض[1]

تعريفه اصطلاحا: هو تسليم شخص لآخر عوضـــا مـــا حاضرا في عوض موصوف في الذمة إلي أجل بشروط مخصوصة وهذا التعريف الفقهي لا يخرج عن المعنـــي اللغوي ، ولهذا ينعقد عقد السلم بلفـــظ الســـلم أو بلفـــظ السلف ، والسلم لغة أهل الحجاز والســـلف لغـــة أهـــل العراق والفقهاء يريدون من السلم بيـــع آجـــل بعـــاجل المؤجل المبيع وهو المسلم فيه والعاجل هو الثمن وهـــو راس مال السلم وصاحبه هو المسلم وهـــو كذلـــك رب السلم كما أن صاحب المبيع هو المسلم إليه ، وتمام عقـــد السلم يتملك المسلم إليه الثمن في الحال ويثبت المسلم فيه في ذمة المسلم إليه دينا للمسلم يتملكه عند تسليمه إليـــه

---

(١) المصباح المنير مادة سلم ٠

حسب الاتفاق بين الطرفيـــن بالنســبة لميعـــاد التســـليم ومكانه[١] .

دليل مشروعية عقد السلم :-

عقد السلم مشروع بالكتـــاب والســـنة والإجمـــاع والمعقول ، أما الكتاب فقوله تعالي: [يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلي أجل مســـمي فـــاكتبوه] ووجـــه الاستدلال من هذه الآية علي الجواز قول ابن عباس فـــي تفسيرها أشهد أن السلف المضمون إلي أجل مسمي قـــد أحله الله وأذن فيه ثم قرأ الآية . ولأن لفظ الديـــن فـــي الآية إلي أجل مسمي يصلح للسلم ويشـــمله بعمومـــه[٢] وأما السنة فقوله صلي الله عليه وسلم :[من اسلف فـــي شي فليسف في كيل معلوم ووزن معلـــوم إلـــي أجـــل معلوم]

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كـــل مـــن تحفظ عنه من أهل العلم علي أن السلم جائز وأما العقل فلأن المثمن في المبيع هو أحد عوضي العقد فجـــاز أن

(٢) المغني جـ٤ ص٣٠٤ وأحكام المعاملات للتحقيق ص٢٨٠ والمناهج مع السراج ص٢٠٥ وفتح القدير جـ٧ ص٦٩ .

يثبت في الذمة كالثمن ولأن بالناس حاجة إلي هذا العقد احيانا ، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلي النفقة علي أنفسهم ، وقد تعوزهم النفقة فجوز لهم السلم لينتفع طرفي العقد جميعا كل حسب حاجته وقصده

محل عقد السلم :-

محل عقد السلم : هو عوضيه وهو الثمن والمسلم فيه ، وان كان المسلم فيه المقصود بالعقد وقد أجمع الفقهاء علي جواز السلم في كل ما يكال أو يوزن للحديث الذي سبق ، كما اتفق الفقهاء علي امتناع السلم فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقارات ٠ كما أجار الجمهور السلم في التجارة التي تنضبط بالصفة والعدد ٠

شروط عقد السلم :-

لما كان السلم نوعا من البيع فقد اشترط لصحة عقده جميع الشروط التي تشترط في عقد البيع إلا أن هناك شروط خاصة بهذا العقد زيادة علي شروط البيع العامة حتي لا يخرج هذا العقد عن حدود المصلحة العامة الشرعية التي رخص من أجلها وحتي لا يوقع في الغرر

والغبن الشديد الذي من أجله كان منع العقد فـــي البيـــع علي المعدوم • وشروط السلم الخاصة به منها ما هـــو مجمع عليه ومنها ما حصل الخلاف فيه •

أولا : الشروط المجمع عليها :-

أن يكون الثمن والمثمن مما يجوز فيها التأخير ولهذا امتنـع السلم عند الجميع فيما لا يجوز فيه التأخير حتي لا يـــؤدي العقد إلي الربا وما لا يجوز فيه التأخير هو ما كـــان فيـــه الجنس متفقا •

٢ – أن يكون مقدرين أما بالكيل أو الوزن أو العدد أن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطا بالصفة أن كان مما المقصود منه الصفة •

٣–أن يكون المسلم فيه موجودا من وقت العقد حتي وقت التسليم

٤– أن يكون الثمن حالا أو موجلا أجلا غير بعيد لئلا يكون هذا العقد من باب بيع الكالئ بالكالئ وهـــو بيـــع التســـيئة بالتسيئة وصورة ذلك أن يسلم الرجل النقود في طعام إلـــي أجل فإذا حل الأجل يقول الذي عليه الطعام ليـــس عنـــدي

طعام ولكن يعني إياه إلي أجل فهذه نسـيئة انقلبت إلـي نسيئة ٠

الشروط المختلف عليها في عقد السلم :-

أما الشروط المختلف عليها في عقد السلم فهي :

١- الأجل شرط لازم لأنه شرط صحة[٢] ٠

٢ – عدم وجود المسلم فيه حال العقد ومكان التسليم وتحديد ثمن المسلم فيه أو تقديره ويشترط لصحة الأجل أن يكـون معلوم لقوله تعالي:[يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلـي أجل مسمي فاكتبوه][١] ٠ ولقوله صلي الله عليه وسلم :[من أسلف في شئ فليسلف في كيل معلـوم أو وزن معلـوم إلي أجل معلوم] وليس هناك خلاف بين الفقهاء في تعيـن الأجل أما إذا كان الأجل غير محدد علي وجه الدقة فإنـه لا يصح الأجل ، لأن الأجل إذا لم يكن محدد حصل التنـازع حول ميعاد التسليم ولربما تأخر أو تقدم من غير ضابط بـل ربما لم يحل هذا الأجل لأي سبب فيؤدي ذلك إلـي الغـرر

---

(٢) فتح القدير جـ٧ ص٢٥٥ ٠

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٨٢ ٠

والغبن الشديد ٠ قال ابن عباس رضي الله عنهما :[لاتبيعوا إلي الحصاد والدياس ولا تبايعوا إلا شهر معلـــوم] هـــل يلزم عرض تسليم المسلم فيه قبل حلول الأجل أو بعده ؟

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية علي أنه إذا أسلم رجل لآخـر نقود إلي أجل فدفعها إليه عند محل الأجل أو قبله أو بعـــده فإنه يلزم أخذها لأن السلم هنا عقد سلف أي قـــرض وهـــو دين المستقرض إلي المقرض يجب رده إليه عند الأجـــل أو المسيرة بدون زيادة أو نقصان لتبرأ ذمته المشغولة بـــالدين منه وهذا أجيز للضرورة من غير زيادة أو نقصان والســـلم الذي في معني البيع يختلف عن السلم الذي بمعني الســـلف والقرض في أن الأول لا يشترط فيه التمـــاثل بيـــن الســـلم والمسلم فيه لأن ذلك لا يشترط في البيع أما الثـــاني فإنـــه يشترط لأنه قرض لا بيع

<u>وجود المسلم فيه حال العقد :-</u>

لا يجوز السلم إلا في إبان الشي المسلم فيه ومعني ذلـــك أن يكون موجود ا بالفعل وقت العقد ســـواء كـــان ذلـــك فـــي الأسواق أو في ملك البائع ولكنه في مكان آخر بعيدا عـــن محل العقد لم يره المتعاقدان وقت العقد أو أحدهما ويشـــترط أن يستمر وجود جنس المسلم فيه حتى التسليم وذلك لقولـــه

صلي الله عليه وسلم :[لا تسلموا في النخلـة حتـى يبـدو صلاحها]، والغرر يكون في السلم أكثر إذا لم يكن موجـود في حال العقد لأنه في هذه الحالة يشبه بيع المعدوم الـذي لم يخلق أصلا وهذا لا خلاف علي أنـه لا يجـوز العقـد عليه(١)

مكان التسليم :-

أي مكان قبض المسلم فيه ، قد أشترط الأمام أبو حنيفة لصحة عقد السلم تشبيها بالزمان كالأجل حيث أن شرط صحة وذلك منعا للخلاف بين المتعاقدين علي مكان التسليم لأن العرف في الغالب هو الذي يحدد مكان التسليم(٢)

تحديد الثمن وتقديره:-

يشترط في عقد السلم أن يكون الثمن محددا ومقدرا ومن ثـم فإن كان الثمن جزافا لا يصح السلم وان كان الغرر بسيطا. إما بالنسبة للمسلم فيه نفسه فإنه لا خلاف بين الفقهاء فـى إشتراط تقديره لأنه فى الذمة وهو دين فلابد مـن ضبطـه ليمكن الوفاء به ولأن الغرر فيه أصلا حيث أنه عقد علـى غير معين أو معدوم وقت العقد وتقدير المسلم فيـه يقـوم

---

(١) الاختيار جـ٢ ص٥٠ ، المغني جـ٤ ص٣٢٦ .

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٠٤ .

بالوزن فيما يمكن وزنه وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل فإن لم يمكن التقدير ينضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان انواع مختلفة أو مع تركه إن كان نوعا واحدا (١)

اختلاف المتعاقدين فى السلم :-

المتعاقدان فى السلم إما أن يختلافا فى قدر الثمن أو فى الجنس أو فى الأجل أو فى مكان القبض وبيان ذلك ما يلى : -

١ - الاختلاف فى القدر إذا أختلف المتعاقدان فى قدر الثمن ، فالقول فيه قول المسلم إن أتى بما يثبت المتفق عليه ثمنا ، وهو المسلم فيه وإذا أختلف فى قدر المسلم فيه فالقول قول المسلم إليه إن أتى بما يثبت المتفق عليه فإن أتى كل منهما بما يثبت القدر المسلم فيه فالقياس إن يتحالفا ويتفاسخا .

٢ - الاختلاف فى الجنس : وإما فى أختلافهما فى جنس المسلم فيه فالحكم فى ذلك هو التحالف والتفاسخ مثال ذلك : أن يقول

(١) المراجع السابقة

أحدهما أسلمت إليك فى تمر وقال الآخر بل أسلمت إليك فى قمح فيحلف كلا منهما على صدق دعواه ، فإذا حلفا معا تعارضا فتساقطا .

٣ - الاختلاف فى الأجل : أما اختلاف المتعاقدين فى الأجل فإن كان فى حلولة فالقول هو قول المسلم إليه . وإن كان فى قدره فالقول أيضا قول المسلم إليه مثل إن يدعى المسلم وقت أبان المسلم فيه ، ويدعى المسلم إليه غير ذلك الوقت حيث يكون القول قول المسلم لأن الأصل أنه دفع الثمن فى السلعة لوقت محدد وهو الدائن والمسلم إليه والمدين ، والأصل أن الدين ووقته يعرف من قبله مات لم يكن هناك معارض بدليل . والأصل أنه لا دليل على ذلك الأجل فيخذ بقول صاحب الدين

٤ - الاختلاف فى مكان التسليم : المشهور أن من أدعى موضع عقد السلم فالقول قوله وإن لم يدعى واحد منهما فالقول قول المسلم إليه .

٥ - الاختلاف فى الثمن : وإما اختلاف المتعاقدين فى الثمن فحكم حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وهو التحالف والتفاسخ .[١]

---

(١) بدية المجتهد جـ٢ ص٢٠٨ .

المبحث الثاني عشر
عقد المضاربة

المطلب الأول : فى التعريف وما يتعلق به :

تعريفها فى اللغة : - المضاربة مفاعلة ، وهى مشتقة من الضرب فى لغة أهل العراق فى التعبير عن هذا العقد والضرب في الأرض هو السفر فيها غالبا للتجارة ، وقيل : سميت مضاربة لأن كلا منهما يضرب بسهم فى الربح وأما القراض فهو مشتق من القرض ، وهو القطع ، وهو - بكسر القاف - لغة اهل الحجاز فيقال : قرض الفأر الثوب إذا قطعه ، فكان صاحب المال أقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح (١)

والتعبير بلفظ القراض يفتقر إلى دراسة فقهية متخصصة والتعبير بلفظ المضاربة فهو زائغ شائع خصوصا فى عالم الاقتصاد والتجارة فى عالمنا المعاصر .

---

(١) لسان العرب لابن منظور جـ٧ ص٢١٦ - ٢١٧ ، مختار الصحاح للجوهرى جـ٣ ص١١٠١ - ١١٠٢ .

تعريفها فى الاصطلاح : -

بالبحث تبين لى أن الفقهاء قد اختلفوا فى التعبـــير عن هذا العقد .

فعرفه فقهاء الحنفية بقولهم . عقد شركة فى الربح بمال مـــن جـــانب رب المـــال وعمـــل مـــن جـــانب المضارب [١]

وعرفه المالكية بقولهم : إجارة على التجـــر فـــى مال بجزء من ربحه [٢].

وعرفه فقهاء الشافعية بقولهم : أن يدفع إليه مـــالا ليتجر فيه والربح مشترك . [٣]

وعرفه الحنابلة بأنه : دفع ماله إلى آخر يتجر بـــه والربح بينهما .[٤]

ومن يتأمل فى هذه التعريفات يمكن له ان يردهـــا إلى قدر مشترك وهو " إعطاء المال إلى من يقدر على

---

(١) حاشية ابن عابدين جـــ٥ ص٦٤٥ ، بدائع الصنائع جـــ٨ ص٣٥٨٨ .

(٢) تحفة الحكام جـــ٢ ص١٢٨ ، الخرشى على مختصر خليل جـــ٣ ص٢٠٢ .

(٣) مغنى المحتاج للخطيب جـــ٢ ص٣٠٩ - ٣١٠ .

(٤) الاتصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمردى جـــ٥ ص٤٢٧ ، المغنى لابن قدامه جـــ٥ ص١٣٥ .

استثماره بقدر الربح "

ما هية عقد المضاربة : -

أقصد بما هية عقد المضاربة هنا عقد شـركة ؟ أم هو عقد إجارة ؟ والجواب عن هذا أقول ومنـــه أســتمد العون والتوفيق .

إختلف الفقهاء فى طبيعة هذا العقد إلى رأييـــن : بيانهما كما يلى :

الـرأى الأول : ذهـب فقـهاء الحنفيـــة (١)، والمالكية (٢)والشافعية (٣)إلـــى القـول بـأن : عقـد المضاربة فى تكييفه هو عقد إجارة وعباراتهم فى كتبهم الخاصة بهم تدل على هذا التكيف فقد قال الكاســانى : [القياس أنه - أى عقد المضاربة - لا يجوز لأنه استئجار بأجر مجهول ، بل بأجر معلوم - والعمـــل مجـهول ، ولكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة] (٤)

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى حـ٨ ص٣٥٨٧ .

(٢) تحفة الحكام حـ٢ ص١٢٨ ، الخرشى على مختصر خليل حـ٣ ص٢٠٢ .

(٣) مغنى المحتاج للخطيب حـ٢ ص٣٠٩ .

(٤) المرجع والموضع السابق .

أما المالكية فتعبيرهم صريح فى تعريف القـواض بأنه " إجارة على التجر فى مال بجزء من ربحه " (١)

وقال صاحب مغنى المحتاج : [وهو كمـا قيـل رخصة خارج عن قياس الإجـارات ، كمـا خرجـت المساقاه عن بيع ما لم يخلق ، والحوالة عن ربيع الديـن بالدين والعرايا عن المزاينة . (٢)

الرأى الثانى: ذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بأن عقـد المضاربة هو عقد شركة ، وليس عقد إجارة .(٣)

فقد قال ابن قدامة فى كتاب الشـركة : [القسـم الثالث أن يشترك بدن ومال ، وهذه هى المضاربة] (٤)

وقال أيضا فى موضع أخر : [وحكمـها حكـم شركة العنان فى أن كل ما جاز للشريك عملـه جـاز للمضارب عمله](٥)

ثمرة هذا الخلاف : -

---

(١) المرجع والموضع السابق .

(٢) مغنى المحتاج المرجع والموضع السابق .

(٣) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٣٤ .

(٤) المرجع والموضع السابق .

(٥) المغنى جـ٥ ص١٣٦ .

وثمرة هذا الخلاف أن من جعل عقد المضاربة من باب الشركة لم يروا فيه استثناء من أصل ، ولا خروج عن قاعدة ، ومن ثم فقد صححوا كثيرا من الأحكام التى فيها الفريق الآخر بالبطلان والفساد .

ومن جعل عقد المضاربة عقد إجارة قالوا إنه على خلاف القياس ، ونظروا إليها على أنها عمل يعوض . إلا أن من قال بأنها عقد شركة ، نطروا إلى أن العمل فيها غير مقصود لذاته ، وإنما المقصود هو المال ، لأن صاحب المال لا حاجة له فى نفس العمل الذى يقوم به العامل ، وإنما بغيته الأساسية هو الربح ، وعلى فرض أن العامل عمل عملا فلم يربح فإن أحدا منهما لم يفد شيئا . (١)

والرأى الثانى هو الأقرب إلى طبيعة المضاربة ، ولأن العمل فى عقد الإجارة مقصود معلوم مقدور على تسلميه ، وفى الجعالة العمل مقصود لكنه مجهول أو فيه غرر ومن ثم لم تكن لازمة .

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم جـ٢ ص٧٠٤ .

أما العمل فى المضاربة فليس بمقصود بذاته ، بل المقصود فيها هو الربح فظهر الفـــرق بينـــهما وبيـــن الإجارة والجعالة .

دليل مشروعية المضاربة : -

المضاربة مشروعة ، ودل علـــى مشـــروعيتها الكتاب والسنة ، والإجماع ن والمعقول .

أولا الكتاب : -

قال الحق سبحانه وتعالى : [ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم](١) وقولـــه تعـــالى أيضـــا : [وىخرون يضربون فى الأرض يبتغـــون مـــن فضـــل الله] (٢)

ووجه الاستدلال من الآية الأولـــى أن قولـــه : [يبتغون فضلا من ربكم] عـــام فـــهو يتضمـــن عقـــد المضاربة بهذا العموم .

ووجه الاستدلال من الآية الثانية أن قوله تعـــالى [يضربون فى الأرض] عام أيضـــا ، فـــالضرب فـــى

---

(١) آية (١٩٨) من سورة البقرة .

(٢) أية (٢٠) من سورة المزمل .

الأرض كما قد يكون بالقراض أو المضاربة ، يمكن أن يكون من صاحب المال نفسه ، فهى تدل على مشروعية عقد المضاربة بعمومها لا بخصوصها إذ لا يوجد مخصص لها ، فيتبقى على العموم .

ثانيا : السنة : -

١ - (عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة يضرب له به أن لا تجعل مالى فى كبد رطبة ولا يحمله فى بحر ولا تترك به بطن مسيل فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالى . رواه الدار قطنى)[١]

وهذا الأثر أخرجه البيهقى ، وقوى الحافظ اسناده [٢]

٢ - روى عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله ، وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب . خرجا إلى العراق فأعطاهما أبو موسى الأشعرى من مال الله على أن يبتاعا به متاعا ، ويبيعانه بالمدينة ، ويؤديا رأس

---

(١) الدار قطنى فى البيوع جـ٢ ص٣١٥ ، نصب الرأية لأحاديث الهداية جـ٤ ص١١٤ ط دار الحديث ، سبل السلام جـ٣ ص١٣٤ ط المكتبة العصرية ، صيدا بيروت .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ٥ ص٢٦٦ ط مكتبة دار التراث .

المال لأمير المؤمنين والربح لهما ، فلما قدما المدينة ربحا ، فقال عمر : أكل لهما ، فلما قدما المدينة ربحا ، فقال عمر : أكل الجيش أسلفة كما أسلفكما ؟ قالا : فقال ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما ، أديا المال وربحه ، فراجعه عبيد الله ، وقال ما ينبغى هذا يا أمير المؤمنين ، لو هلك المال أو نقص لضمناه ، فقال له بعض جلسائه : لو جعلته قراضا فأخذ عمر المال ونصف ربحه ، وأعطاهما النصف [١]

٣ - عن صهيب - رضى الله عنه - أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :[ثلاث فيهم البركة : البيع إلى أجل ، والمقارضة خلط البر بالشعير لا للبيع . رواه ماجه باسناد ضعيف .[٢]

وإنما كانت البركة فى ثلاث لما فى البيع إلى أجل من المسامحة والمساهلة والإعانة للغريم بالتأجيل ، وفى المقارضة لما فى ذلك من انتفاع الناس بعضهم

---

(١) نصب الراية لأحاديث الهداية جـ٤ ص١٦٣ - ١٦٤ ط دار الحديث ورواه مالك فى الموطأ جـ٢ ص٦٨٧ - ٦٨٨ ، والبيهقى جـ٦ ص١١١ .

(٢) سبل السلام جـ٣ ص١٣٤ ط سابقة .

بعض ، وخلط البر بالشعير قوتا لا للبيع لأنه يكون فيه غرر وغش [١]

٤ - وفى تجويز المضاربة آثار عن جماعة من الصحابة منها : عن على رضى الله عنه قال فى المضاربة : الوضعية على المال ، والربح على ما اصطلحوا عليه . [٢]

وعن ابن مسعود - رضى الله عنه - أنه أعطى زيد بن جليدة مالا مقارضة .[٣]

ومنها أن ابن عمر - رضى الله عنهما - كان يزكى مال اليتيم ، ويعطيه مضاربة ، ويستقرض فيه [٤]

ومنها أن القياس كان إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ، ولا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة ، فإن فعل

---

(١) سبل السلام المرجع السابق .

(٢) نيل الأوطار جـ٥ ص٢٦٦ ط سابقة .

(٣) المرجع والموضع السابقين .

(٤) نصب الرأية جـ٤ ص١١٤ ط سابقة .

فهو ضامن فرفع الشرط إلى النبى صلـــى لله عليــه وسلم فأجازه . (١)

فهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابــة يتعاملون بها من غير نكير فكان ذلك إجماعا منـــهم على الجواز (٢)

٥ - روى أبو نعيم وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضى اللع عنها قبل أن يتزوجـــها بنحو شهرين وسنه ، وكلن إذ ذاك ابن نحو خمـــس وعشرين سنة بمالها إلى الشام وأنقذت معه عبدهـــا ميسرة . (٣)

ووجه الاستدلال فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكـــاه مقررا له بعد النبوة ، لأن ذلك الفعل حدث قبل النبوة قال صاحب سبل السلام : لا خلاف بين المســـلمين فى جواز القراض وأنه كان فـــى الجاهليـــة فـــأقره الإسلام وهو نوع من الإجارة إلا أنه عفى فيها عـــن

---

(١) المرجع والموضع السابقين ، سنن البيهقى جـ٦ ص١١١ .

(٢) نيل الأوطار جـ٥ ص٢٦٧ ط سابقة .

(٣) نهاية المحتاج للرملى جـ٥ ص٢١٩ - ٢٢٠ .

جهالة الأجر وكانت الرخصة فـــى ذلــك الموضـــع الرفق بالناس .

ثالثا : الإجماع : - [١]

لقد كانت المضاربة مما يتعامل بها الناس فى العصر الجاهلى ثم تعامل بها المسلمون فى عهد النبى صلـــى الله عليه وسلم وحتى يومنا هذا فى سائر الأعصــــار والأمصار من غير نكير من أحد ، فكان إجماعـــا ، بل هو إجماع متيقن لأنه نقل كافة بعد كافة إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلمه بذلك .

وروى عن طائفة من الصحابة أنهم أوقفوا مال اليتيم مضاربة . منهم عمر ، وعثمان ، وعلى ، وعبـد الله ابن مسعود ، وعبد الله بن عمـــر ، وعبـــد الله بـــن عمرو ، وعائشة رضى الله عنهم ، لم ينقل أنه أنكـــو عليهم من أقرانهم أحد .[٢]

رابعا : المعقول : -

([١]) بدائع الصنائع جـــ٨ ص٣٥٨٧ ، الشرح الكبير جـــ٥ ص١٣٥ ، الخرشى على مختصر خليل جـــ٦ ص٢٠٢ ، مغنى المحتاج جـــ٢ ص٣٠٩ ، المحلى جـــ٩ ص١١٦ .

([٢]) بداع الصنائع المرجع السابق ، ارواء القيل للالبانى جـــ٥ ص٢٩٠ .

لا ريب أن بالناس حاجة ماسة إلــى شــرعية عقــد المضاربة فإن النقود لا تستثمر إلا بتداولها بين أيدى الناس أى بتقليبها والتجارة فيها ، وليس كــل مــن يملكها يحسن التجارة فيها ، ولا كــل مــن يحســن التجارة له مال يتجر فيه فمن ثم كانت الحاجة ماســة إليها من الجانبين فشرعها الحق سبحانه وتعالى دفعـا للحاجتين ، مع أن العقود جميعها شــرعت لتحقيــق المصالح المعتبرة شرعا للناس جميعا . فبناء علـــى ذلك كانت النظرة العقلية تقتضى بمشــروعية عقــد المضاربة .

المطلب الثانى

أركان المضاربة وشروطها

عقد المضاربة كغيره من العقود لابد له من أركان تحقق ماهيته ، وشروط يجب أن تتوافر فى أركانه حتى يترتب عليه الآثار التى رتبها الشارع عليه لأبد العقود أسباب لترتيب الآثار عليها شرعا .

ومن ثم فقبل الحديث عن أركان هذا العقد وشرطه يجب أن توضح مفهوم الركن والشروط لغة واصطلاحا ثم تتحدث عن أركانه وشروطه تباعا بمشئية الله تعالى .

تعريف الركن والشروط فى اللغة : -

الركن فى اللغة : الجانب الأقوى الذى يمسك الشيء ويعتمد عليه فى قيامه ، وهو داخل فى ماهيته كأركان البيت وهى أعمدته التى يتماسك بها بناؤه ، ويستعار للقوة ، قال تعالى [أو آوى إلى ركن شديد] (١)

---

(١) الآية رقم (٨٠) من سورة هود .

ويجمع على أركان وأركن .

والشرط – بسكون الراء – مصدر بمعنى إلـــزام الشيء والتزامه فى البيع ونحوه يقال : شرطت عليه كذا شرطا ، واشترطت أى ألزمت ، ويجمع على شروط ، (وقد نهى النبى ﷺ عن بيع وشرط) [١]

وهو أن يكون الشرط ملازما للعقد لا قبله ، ولا بعـده ، ويأتى بمعنى العلامة اللازمة والمشراط والمشرطة الآلة التى يشرط بها . [٢]

تعريف الركن والشرط فى الاصطلاح : –

الركن : هو ما توقف عليه الشيء الذى هو ركـن له وكان داخلا فى ماهيته كالركوع السـجود بالنسـبة للصلاة ويتوقف عليه تحقق ماهيتها وتنتفى بانتفائه وهـو جزء من مقوماتها [٣]

---

(١) سنن أبي داود جـ٥ ص١٤٤١ .

(٢) لسان العرب جـ٩ ص٢٠٢ ، والقاموس المحيط جـ٢ ص٣٦٨ ط الحلبى ، المصباح المنير ص٣٦٥ .

(٣) شرح التلويح على التوضيح جـ٢ ص١٣١ .

والشرط : هو ما توقف عليه اعتبار الشيء الذى جعل شرطا له ، ولم يكن داخلا فى ماهيته كالطهارة للصلاة فإنه يتوقف عليها اعتبار الصلاة والاعتداد بها وليست جزءا من مقوماتها ، فكل من الركن أو الشرط تتوقف وجود وتحقق وعلى الشرط توقف اعتبار واعتداد [١]

ولكن يختلف الركن عن الشرط فيما يأتى : -

أولا : إن الركن جزء من حقيقة الشئ وماهيته أما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقة الشئ وماهيته وليس من أجزائه ، مثال ذلك ، فالقراءة ركن فى الصلاة ، منها ومما يماثلها من الأركان تتكون حقيقة الصلاة ، وبانعدام أحدها تنعدم الصلاة ، بخلاف الطهارة فهى شرط فى الصلاة لأنها أمر خارج عن حقيقتها إذ حقيقة الصلاة تتكون من غيرها [٢]

وعلى ذلك ، فإذا حصل خلل فى ركن العقد يكون

---

(١) مسلم البثوت مع شرحه ط ص٣٣٩ ط بولاق ، تيسير الوصول لأمير باد شاه ط ص٢٨٠ ط الحلبى .

(٢) أصول الفقه للدكتور البرديسى ص١٠٣ ، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص١١٩ ، مرآة الاصول لملاخسروا ص٢٧٧ .

باطلا أما إذا حصل خلل فى شرط العقد يكون فاسدا [١]
ثانيا : يختلف الشرط عن الركن فى الصلاة ، حيث إن الشرط يتقدم عليها ويستمر فيها .

أما الركن فهو الذى تشتمل عليه وفى هذا يقول صاحب مغنى المحتاج من الشافعية . [والركن كالشرط فى أنه لابد منه ، ويفارقة فى أن الشرط هو الذى يتقدم على الصلاة ويجب استمراره فيها كالطهر والستر والركن ما تشتمل عليه الصلاة كالركوع والسجود [٢]

وبناء على ذلك فعقد المضاربة كغيره من العقود لابد له من أركان وشروط ، فأركانه خمسة هى :
عاقدان ، وما ، وعمل ، وربح ، و صيغة ولكل ركن من هذه الأركان شروط لابد من تحققها وإلا لم تصح المضاربة وسوف نتحدث بمشيئة الله تعالى عن هذه الأركان وتلك الشروط فى المطالب الآتية : -

---

(١) الوسيط للدكتور : وهبة الزحيلى ط مصطفى الحلبى ، شرح فتح القدير مع شرح العناية على الهداية ط ص٢٥٧ ط الحلبى .

(٢) مغنى المحتاج للشربينى ط ص١٤٨ ط مصطفى الحلبى ، شرح فتح القدير مع شرح العناية على الهداية ط ص٢٥٦ ط الحلبى .

المطلب الثالث

العاقدان وما يتعلق بهما من شروط

المراد بالعاقدين هما صاحب رأس المال ، والمضارب – العامل – ويشترط فيهما بصفة عامة ما يشترط فى الوكيل والموكل (١) أى لابد أن يكون رب المال أهلا للتوكيل وكذلك المضارب ، لأنه يتصرف بأمر رب المال

وهذا معنى التوكل ، ومن ثم يصير المالك للمال كالموكِلِ – بكسر الكاف – والمضارب كالوكيل . وبناء على ذلك يشترط فى الموكل صحة مباشرته لما وكل فيه بملك أو ولاية ، كما يشترط فى الوكيل صحة مباشرته التصرف بنفسه . (٢)

وعلى هذا لو كان أحدهما محجورا عليه لصغر أو سفه أو جنون أو نحو ذلك لم يصح عقد المضاربة .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٨ ص٣٥٩٣ ، مغنى المحتاج للخطيب جـ٢ ص٣١٤ ، الخرشى على خليل جـ٦ ص٢٠٣ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٢١٧ – ٢١٨ .

ولولى المحجور عليه من مجنون أوصى أو نحوهما أن يقارض من يجوز إيداعه المال المدفوع إليه

هل يشترط فى المتعاقدين الإسلام ؟

بالبحث فى حكم إسلام المتعاقدين فى عقد المضاربة ظهر لى أن الفقهاء متفقون على أن إسلام رب المال والمضارب أو أحدهما ليس شرطا فى صحة عقد المضاربة [١] ومن ثم فتصح المضاربة بين أهل الذمة ، وبين المسلم والذمى أو الحربى المستأمن .

إلا أن فقهاء الحنابلة اشترطوا ألا يخلو اليهودى أو النصرانى بالمال دون المسلم ، وذلك لأن غير المسلم يتعامل بالربا ، ويستبيح الخمر والخنزير فمن ثم اشترطوا رقابة المسلم عليه خشية الوقوع فى هذه المحرمات .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٣ ، المدونة للام مالك جـ٥ ص١٠٧-١٠٨ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٤ - ٣١٧ وما بعدها المغنى لابن قدامة جـ٥ ص١٠٩-١١٠ .

قال صاحب المغنى : [يشارك اليهودى والنصرانى ولكن لا يخلو اليهودى ولا النصرانى بالمال دونه ويكون هو الذى يليه لأنه يعمل بالربا][١]

ولما كانت المضاربة عندهم نوع من أنواع الشركة فما ينطبق على الشركة ينطبق على المضاربة . وفى فقه المالكية ، كره الإمام مالك أن يأخذ المسلم المال قراضا من النصرانى ، وذلك لأنه كره للمسلم أن يؤاجر نفسه من النصرانى لئلا يذل نفسه ، أما مقرضة المسلم الذمى فقد قال المالكية بكراهيتها إذا لم يعمل بمجرم كالربا . [٢]

والذى أرى نفسى تميل إليه فى هذه المسألة هو القول بصحة المضاربة بين المسلم وبين غيره من الذمى أو الحربى المستأمن لأن الإسلام ليس شرطا فى عقد المضاربة كما نص على ذلك فقهاؤنا الأفاضل وهم علماء الأمة الذين نتلقى العلم من تراثهم الفقهى الأصيل . ولكن بشرط أن تكون هناك رقابة من قبل المسلم على

---

(١) المغنى : المرجع السابق .

(٢) المدونة للإمام مالك جـ٢ ص١٠٧ - ١٠٨ .

أعمال المضاربة مع غير المسلمين مطلقـــا مـــن غـــير اشتراط الرقابة ربما انفتح باب التعامل الربوى مع غـير المسلمين وفى ذلك من الفساد ما فيه .

المطلب الرابع
المال وشروطه

معنى المال لغة وشرعا : -

معناه فى اللغة : المال عند العرب الذين نزل القرآن بلغتهم : يشمل كل ما يرغب الناس فى اقتنائه وامتلاكه من الأشياء ، فالإبل مال ، والبقر مال ، والضياع مال ، والنخيل مال ، والذهب والفضة مال ، ولهذا قالت المعاجم اللغوية : المال : ما ملكته من جميع الأشياء غير أن أهل البادية ، أكثر ما يطلقون المال على الأنعام ، وأهل الحضر أكثر ما يطلقونه على الذهب والفضة ، وإن كان الجميع مالا . [١]

ومن ثم فالمال فى الأصل : ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان .

معنى المال شرعا : المال : كل ما يمكن حيازته ، والانتفاع به على وجه معتاد ، فلا يكون الشىء مالا إلا إذا أمكن حيازته ، وانتفع به على وجه معتاد ، كجميع

---

(١) القاموس المحيط جـ٤ ص٥٢ ، ولسان العرب لابن منظور باب اللام فصل الميم .

الأشياء التى تملكها من أرض وحيوان ومتاع ونقود وما لم يحز منها ، ولم ينتفع به ، فإن كان فى الإمكـــان أن يتحقق فيه ذلك عد من الأموال أيضا ، كجميع المباحات من الأشياء مثل السمك فى البحر ، والطير فى الـــهواء ونحو ذلك فإن الاستيلاء عليه ممكن والانتفاع به علـــى وجه معتاد ممكن كذلك ، أما ما ليس فى الإمكان حيازته فلا يعد مالا ، إن انتفع به كضوء الشمس وحرارتـــها ، وكذلك مالا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يعد مالا ، وإن أحرز فعلا ، كحفنة من تراب وقطرة من مـــاء ، ونحلة ، وحبة من أرز مثلا .

ومقتضى هذا التعريف : أن المـــال لا يكـــون إلا مادة حتى يتأتى إحرازه وحيازته ، ويترتب على ذلك أن منافع الأعيان كسكنى المنـــازل ، وركـــوب الســـيارات وليس الثياب لا تعد مالا لعدم إمكان حيازتها ومثلها فـــى ذلك الحقوق كحق الحضانة ، وحق الولاية ونحو ذلـك . وهذا مذهب فقهاء الحنفية (١)

---

(١) البحر الرائق جـ٢ ص٢١٧ .

بينما ذهب فقهاء المالكية، والشافعية ،والحنابلـــــة إلى القول بأن النافع أموال إذ ليس من الواجب فى المال عندهم إمكان إحرازه بنفسه ، بل يكفى أن تمكن حيازتـه بحيازة أصله ومصدره ،ولاشك أن المنافع تحاز بحيـازة محالها ومصادرها ، فإن من يحوز سيارة يمتع غيره أن ينتفع بها إلا بإذنه وهكذا [١]

والذى أرى نفسى تميل إليه هو التعريـف الـذى ذهب إليه فقهاء الحنفية حيث إنه أقرب للتعريف اللغـوى ، وهو الذى يمكن حيازته وتـداول بيـن المسـتثمرين للأموال ، وأيضا فالأعيان هى التى يمكـن أن تؤخـذ وتجبى وتوضع فى بيت المال - خزانة الدولة وتـوزع أيضا على المستحقين فى الزكاة وغيرها مـن حسـاب الربح والخسارة ونحوهما .

ولما كان المال هو الركن الثانى من أركان عقـد المضاربة فقد اشترط له الفقهاء ما يلى : -

الشرط الأول : -

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص٣-٤ .

قال جمهور أهل العلم : [١] يشترط أن يكـــون مال المضاربة من الأثمان – النقود – أى الدراهم وهـــى الفضة المضروبة ، أو الدنانير وهى الذهب المضـــروب

وبناء على ذلك فـــلا يصـــح عقـــد المضاربـــة بالقروض – وهى ما سوى النقود من الذهب والفضـــة – لما يؤدى إليه ذلك من الضرر والجهالة .

قال ابن رشد : (لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما ، ويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكـــون رأس المال والربح مجهولا) [٢]

فقد يكون مثلا قيمة العرض يوم قبضة مائة درهم فيعمل به فتصير قيمته يوم رده ألف درهـــم فيســـتغرق ربحه ، أو يكون قيمته يوم يرده خمسين درهما فيكـــون قد ربحه فيه .

---

(١) حاشية ابن عابدين جـــ٥ ص٦٤٧ ، الخرشى على مختصر العلامة خليل جـــ٦ ص٢٠٣ ، مغنى المحتاج جـــ٢ ص٣١٠ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد جـــ٢ ص٢٣٧ .

وأيضا فالمضاربة بالعروض تؤدى إلـى جهالـة الربح وقت القسمة لأن قيمة العروض تعرف بـالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين ، والجهالة تقضى إلى المنازعة ، والمنازعة تقضى إلى الفساد ، وهذا لا يجوز وكذلك أيضا فالمضاربة بالعروض تؤدى إلى ربح ما لم يضمن ، لأنها تتعين عند الشراء بـها والمعيـن غـير مضمون ، حتى لو هلكت قبل التسـليم لاشـيء علـى المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن وهـو منهى عنه .(١)

حكم المضاربة بثمن العروض : -

وصورة المسألة أن يدفع " أ " عرضا إلـى " ب " ويقول له بعها وأعمل بثمنها مضاربة . فبالبحث تبيـن إلى أن ثمة خلافا بين الفقهاء فى الحكم ، وبيانه فيما يلى : -

---

(١) الموضع والمرجع السابقين .

الرأى الأول : - ذهب فقهاء الحنفية [١] والحنابلة [٢] إلى القول بجواز المضاربة بثمن العروض كما فى صـــورة المسألة .

الرأى الثانى : - ذهب فقهاء المالكية [٣]، والشـــافعية [٤] إلى القول بأن المضاربة بثمن العروض لا تجوز .

الأدلة : - احتج أصحاب الرأى الأول علـــى مـا ذهبوا إليه بأن رب المال لم يضـــف المضاربـــة إلـــى العروض ، وإنما أضافها إلى الثمن ، والثمن تصبح بـــه المضاربة [٥] ومن جهة أخرى فـــهو - المضـــارب - وكيل فى بيع العرض ، فإذا باعه صار الثمن فى يــــده أمانة ، فأشبه ما لو كان المال عنده وديعة .

واحتج أصحاب الرأى الثانى على قولهم بـــالمنع وعدم الجواز بأن المضاربة بثمن العروض تؤدى إلـــى الجهالة برأس المال لأن ما تباع به العروض مجـهول ،

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٤ .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ٥ص١٩١ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ٢ ص٢٣٧ .

(٤) المرجع والموضع السابقين .

(٥) بدائع الصنائع المرجع والموضع السابقين .

فضلا عن كونه قرضا ومنفعة لأنه قد قارضـــه علـــى بيعت به السلعة ، وعلى بيع السلعة نفسها . (١)

قال صاحب بداية المجتهد : [وعمدة مالك أنـــه قارضه على ما بيعت به السلعة ، وعلى بيـــع الســـلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، ومع أن ما بيع الســـلعة مجهول فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول . (٢)

والذى أرجحه وأميل إليه هو الرأى الأول الـــذى ذهب أصحابه بالإباحة والجوز ذلك لأن الجهالـــة التـــى احتج بها المانعون جهالة يسيرة ، بـــــل هـــى مؤقتـــة سرعان ما تنقضى بمجرد بيع العروض ، وبعدها يكـون رأس المال معلوما لا مجهولا ، وأما المذكورة فالظـاهر أن المضارب تبر.ع بها لا حرج فى ذلك . فقد حكى عن أين أبى ليلى أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبا يبيعه فمـــا كان فيه من ربح فهو بينهما ، وهذا على أن يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب .

---

(١) بداية المجتهد : المرجع والموضع السابقين .

(٢) المرجع السابق .

قال ابن رشد : وهذا أقرب الوجوه إلى الجواز (١)

هل تجوز المضاربة بالفلوس ؟

اختلف الفقهاء فى حكم المضاربة بالفلوس علـــى رأيين بيانهما كما يلى :

الرأى الأول : ذهب محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية (٢) وأشهب من فقهاء المالكية (٣) ، إلى القــول بجــواز المضاربة بالفلوس .

الرأى الثانى : - ذهب الإمام أبو حنيفة ، والشيخ أبــو يوسف من فقهاء الحنفية (٤) ، وابن القاسم مـــن فقـــهاء المالكية (٥) ، والشافعية (٦) ، إلى القــول بعــدم جــواز المضاربة بالفلوس .

الأدلة : -

---

(١) المرجع السابق لابن رشد جـ٢ ص٢٣٧ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٥ .

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص١٣٧ .

(٤) المرجع السابق نفس الموضع .

(٥) المرجع السابق نفس الموضع .

(٦) بداية المجتهد المرجع السابق .

احتج من قال بالجواز بـــأن الفلـــوس لا تتعيـــن بالتعيين فكانت إثمانا كالدراهم والدنانير ، وعلى ذلـــــك فالمجوزون للمضاربـــة بـــالفلوس ألحقوهـــا بـــالدراهم والدنانير [1] واحتج من قال بعدم الجواز بأنـــــها تتعيـــن بالتعيين فكانت كالعرض ، وعلى هذا فالحقوا الفلـــــوس بالعروض [2]

قال صـــاحب مغنـــى المحتـــاج : [ولا علـــى " عروض " مثلية كانت أو متقومة ، ولـــو فلوســـا ، لأن القراض عقد تمر ، إذ العمل غير مضبـــوط ، والربـــح غير موثوق به وإنما جوز للحاجة فاختص بما يـــــروج غالبا ويسهل التجارة به وهو الأثمان] [٣]

والذى يبدو لى بعد التأمل أن عقد المضاربـــة إذا كانت بالنقد الأساس فى بلد موضع التجارة فهى مباحـــة لأن الفلوس فى الوقت الحاضر هى أساس المعـــــاملات

---

(١) المرجع والموضع السابقة .

(٢) المرجع والموضع السابقة .

(٣)مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٠ .

المادية ، فالمضاربة تكون بالعملة التـــى يتعـــامل بـــها المتعاقدان فى أى مكان .

أما إذا أعطى صاحب المال ، المضارب عملـــة أخرى ليست هى الأساس فى بلـــد التعـــامل كـــالدولار الأمريكى مثلا بالنسبة للمقيمين بجمهورية مصر العربية فلا تجوز المضاربة بها وتلحق الدولارات بالعروض فى هذه الحالة لأن المضارب فى هذه الحالة يســتبدل هــذه العملة بعملة بلد التعامل ليتمكن من البيع والشراء ، فـإذا انتهت المضاربة وأراد المضارب رد المال إلى صاحبـه فإن على العامل أن يشترى هذه العملة الأجنبيـــة مـــرة أخرى ليردها إلى صاحبها مرة أخرى بالإضافـــة إلـــى الربح المتفق عليه ، وفى هذه الحالة ربما يتغير ســـعر هذه العملة بالزيادة أو النقص ، وكثيرا ما يحث ذلـــك ، فدوام الحال من المحال ومن هنا تقع بعض المحاذر مـن الغرر وجها له الربح ، وغير ذلك مما سبق بيانه .

ولكن يمكن الاتفاق بين المتعاقدين علـــى تقـــوم العملة الأجنبية بما يقابلها من العملة المحلية ، وتكـــون القيمة بالعملة المحلية هى رأس المال فى عقد المضاربة

، وبعد انتهاء العقد إن شاء صاحب المـــال أخــذ مالـــه بالعملة المحلية ، أو استبداله بالعملة الأجنبيـــة متحمـــلا وحده تبعة ذلك حيث يكون الغنم بالغرم فله ذلك .

الشرط الثانى : – أن يكون المال عينا لا دينـــا ، وقـــد اتفق على معنى هذا الشرط جمهور أهل العلم .(١)

وعلى هذا الشرط لو قال رب المال للمضــــارب ضارب بالدين الذى عليك لم يصح والمضاربة فاسدة فى قول الجمهور .

بينما ذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى القول بجـواز المضاربة بالدين ، ووجه قولـــهم : أن المضـــارب إذا اشترى شيئا للمضاربة فى هذه الحالة فقد اشتراه بـــإذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له فى دفعه إليه فتبرأ ذمته منه ، ويصير كما لو دفع إليه عرضا وقال : بعـــه وضارب بثمنه .(٢)

---

(١) بدائع الصنائع للكاساتى جـ٨ ص٣٥٩٥ ، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٣٧ ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٠ ، المغنى لأبن قدامة جـ٥ ص١٩٠ .

(٢) المغنى جـ٥ ص١٩٠ .

قال ابن القيم في إعلام الموقعين : [في المضاربة بالدين قولان في مذهب أحمد ، أحدهما الجوز ، وهو الراجح في الدليل ، وليس في الأدلة الشرعية ما يمنع جواز ذلك ولا يقتضي تحويره مخالفة قاعدة من قواعد الشرع ، ولا وقوعا في محظور من ربا ولا قمار ولا بيع غرر ولا مفسدة في ذلك بوجه ما ، فلا يليق بمحاسن الشريعة المنع منه ، وتجويزه من محاسنها ومقتضاها](١)

ولكن جمهور العلماء ذهبوا إلى المنع من ذلك وعلة المنع عندهم هي : أن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة ، وأيضا فإن المال الذي في يده من عليه الدين له ، وإنما يصير لعزيمة يقبضه ولم يوجد القبض هنا (٢)

أو العلة هي مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤجره عنه على أن يزيد فيه ، فيكون الربا المنهي

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم .

(٢) المغني جـ٥ ص١٩٠ .

عن[١] وما أراه هنا هو أن الدين إذا كان على معسـر لا تصح المضاربة به لشبهة الربا ، أما إذا كان الدين علـى غنى فلا يأس بالمضاربة لعدم الشبهة ولعدم وجود نـص فى هذه المسألة ، بل هنا أمر مجتهد فيه .

وقول : ما فى الذمة لا يتحول ويعـود أمانـة ، محل نظر ذلك لأن المدين لو خلى بين الدائن وبين الدين فلم يتسلمه الدائن وبقى فى حوزة المدين فإنه يتحول مـن كونه دينا مضمونا فى ذمة المدين إلى أمانة فى يـده ، وعلى العكس من ذلك لو أن المودع تعدى وانفق الوديعة فى مصالح نفسه فإنها وتصبح دينا فى ذمته .

وأيضا تعليل الحنابلة بانعدام القبض محل نظـر كذلك لأن الدائن يقبضه من المدين ليرده إليه مرة أخرى

ما الحكم لو ضارب العامل بالدين الذى عليه فعلا ؟

وصورة المسألة أن ثمة مدينا بمبلغ من المـال ، فقال له الدائن ضارب بالدين الذى عليك ، فضارب به ،

---

(١) الموطـأ للأمام مالك جـ٢ ص٦٨٩ ، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٣٧ ..

وباع واشترى وربح وخسر ، فما هو موقف الجمـــهور الذين قالوا بعدم صحة المضاربة فى هذه الحالة ؟

فالجواب عن هذا السؤال أقول ومنه العون وحـده . أختلف الفقهاء فى الحكم إلى رأيين : وهاهو البيان .

الرأى الأول : -

ذهب الصاحبان من فقهاء الحنفية [١]،

والشافعية [٢]، إلى القول : بأن البيع والشراء يقع لـــرب المال ، وله ربح المال وعليه صنيعته ، وللعامل أجـــرة مثله .

قال صاحب البدائع : [وعندهما ما أشترى وبـاع لرب المال له ربحه وعليه وصنيعته][٣] وقال صـــاحب مغنى المحتاج " ولو اشترى له فى ذمته وقع العقد للآمر

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٥ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٠ .

(٣) بدائع الصنائع : المرجع السابق .

، لأنه اشترى له بإذنه والربح للآمر لفساد القـــراض ، وعليه للعامل أجرة مثله " (١)

الرأى الثانى : -

ذهب فقهاء المالكية (٢) ، والحنابلة (٣)، والإمـــام أبو حنيفة (٤) إلىالقــول بــأن البيــع والشــراء ، يقــع للمضارب ، والربح له والوضيعة عليه ، ولا شىء لرب المال .جاء فى حاشية الخرشى : [من له دين فى ذمـــة شخص لا يجوز له أن يقول : إعمـــل بـــالدين قراضـــا والربح بينهما للتهمة لأن يكون أجره على أن يزيده فيــه ومثله الوديعة فإن وقع عمل بما ذكر على وجه القراض فإن الربح له والخسارة عليه ولا شىء من الربح لـــرب المال للنهى عن ربح ما لم يضمن ويستمر الدين فى ذمة العامل على ما كان](٥)وجاء فى المغنى لابن قدامه : (وإن قال له أعزل المال الذى لى عليك وقــد قــارضتك

---

(١) مغنى المحتاج : المرجع السابق .

(٢) الخرشى جـــ٦ ص٣٠٤

(٣) المغنى جـــ٥ ص١٩٠ .

(٤) بدائع الصنائع جـــ٨ ص٣٥٩٥ - ٣٥٩٦

(٥)الخرشى : المرجع السابق .

عليه ففعل ، واشترى بعين ذلك المال شيئا للمضاربة وقع الشراء للمشترى لأنه يشترى لغيره بمال نفسه فحصل له الشراء ولأن رب المال قد علق القراض على شرط لا يملك به المال) .(١)

الأدلة :-

أصحاب الرأى الأول على ما ذهبوا إليه بقولهم : أن من وكل رجلا يشترى له بالدين الذى فى ذمته فالتوكيل صحيح ، ولكن لا تصح المضاربة لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لأنه يصير فى التقدير كأنه وكله بشراء العروض ثم دفعه إليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح .

واحتج أصحاب الرأى الثانى على مذهبهم بالنهى عن ربح ما لم يضمن ، ولأنه عقد القراض على ما لا يملكه ويستمر الدين فى ذمة العامل على ما كان (٢)

---

(١) المغنى جـ٥ ص١٩٠ .

(٢) الخرشى : المرجع السابق .

والذى أميل إليه فى هذه المسألة هو التفرقة بين ما إذا كان المدين معسرا أو مليئا ، فإن كان مليئا فالمضاربة صحيحة ويكون الربح بين رب المال ، والعامل على ما اتفقا عليه ، وتكون الوضعية على رب المال وحده كما هى القواعد العامة فى عقد المضاربة وإن كان المدين معسرا فالمضاربة فاسدة لشبهة الربا وهى الخوف من أن يكون قد أراد أن يؤخر عنه دينه على أن يزيده فيه ، ومن هنا يقع البيع والشراء للعامل ، وله ربحه ، وعليه خسره لأن المال فى ضمانه ، ويستمر الدين فى ذمته على حالة وذلك سدا للزريعة إلى الربا من كل وجه .

حكم المضاربة بدين على ثالث : -

صورة المسألة أن يقول رجل لأخر : اقبض مالى من مال على فلان من الدين ، وأعمل به مضاربة فالحكم فى هذه الصورة محل خلاف بين الفقهاء ، بيانه فيما يلى : -

الرأى الأول :

ذهب فقهاء الحنفية [١] والحنابلة [٢] إلى القول بجواز المضاربة فى الصورة السابقة :

قال ابن قدامه : (وأبن قال لرجل اقبض المال الذى على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز فى قولهم جميعا ويكون وكيلا فى قبضة مؤتمنا علية لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره فجاز أن يجعه مضاربة كما قال اقبض المال من غلامى وضارب به) [٣] وقال الكاسانى : (ولو قال لرجل إقبض مالى على فلان من الدين وأعمل به مضاربة جاز لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عينا ودينا)

الرأى الثانى : -

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٦ .

(٢) المغنى جـ٥ ص١٩٠ .

(٣) المغنى : المرجع السابق .

(٢) البدائع : المرجع السابق .

قال فقهاء المالكية لا تصح المضاربة بدين ثـــالث كما فى الصورة السابقة . قال بن رشـــد : (واختلفـــوا فيمن أمر رجلا أن يقبض دينا له على رجل آخر ويعمل فيه على وجهة القراض ، فلم يجز ذلك مالك وأصحابـــه لأن رأى أنه أزداد على العامل كلفة وهو ما كلفه مـــن قبضة ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فـــى القراض أنه فاسد) [١]

الرأى الثالث : -

أما فقهاء الشافعية[٢] ففرقوا بين ما لو قال الدائـــن لآخر : إقبض دينى من فلان ، فإذا قبضه فقد قـــارضتك عليه وبين قوله : إقبض دينى من فلان وقارض به .

فذهب فقهاء الشافعية إلى القـــول بعـــدم صحـــة المضاربة فى الصورة الأولى ، والقول بصحتـــها فـــى الصورة الثانية .

الأدلة : -

---

(١) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٣٧ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٠ ، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٣٧ .

أستدل فقهاء الحنفية ، والحنابلة على قولـــهم : إن المضاربة أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عينـــا لا دينا [١] وأيضا جاز ذلك لأن من قبض الدين يكون وكيلا فى قبضة مؤتمنا عليه ، لأنه قبضه بإذن مالكــــه من غيره فجاز أن يجعله مضاربا وقياسا على ما لو قال إقبض المال من غلامى وضارب به . [٢]

ووجه قول فقهاء المالكية أن رب المال قـــد ازداد كلفتة على العامل وعندهم أن اشتراط منفعة زائدة فـــى القراض تفسده . [٣]

ووجه قول فقهاء الشافعية بعدم صحة المضاربـــة فيمن لو قال : إقبض دينى من فلان ، فإذا قبضته فقـــد قارضتك عليه . إن القراض معلق على شرط القبـــض ، وعندهم أن القراض المعلق على شرط لا يصح .

ووجه قولهم بصحة المضاربة فى الصورة الثانية وهـــى : إذا قال لرجل : إقبض دينى من فلان وقارض به أنـــه

---

(١) البدائع : المرجع السابق .

(٢) المغنى لابن قدامه : المرجع السابق .

(٣) بداية المجتهد جـــ٢ ص٢٣٧ .

وكله فى القبض لا أنه جعـــل القـرض شـرطا فـى المضاربة [١]

وبعد ذكر أقوال السادة الفقهاء فى حكم الصـورة السابقة وبعد ذكر

بعض نصوصهم لبيان الحكم ، وبعد التأمل أرى نفسـى تميل إلى جواز المضاربة فى الصورة السابقة ، وذلـك للأمور الآتية : -

أولا : إن المضاربة قد أضيفت إلى المال المقبوض فكان رأس مال المضاربة عينا لا دينا .

ثانيا : لا يلزم فى عقد المضاربة أن يكون المال فى يـد المضارب بل قد يكون المال مع وكيله أو خادمـه ، أو مودعه أو نحـوه ذلـك ، فيـأمر رب المـال المضارب يقبضه ثم يعمل فيه مضاربة ولا يترتب على ذلك ارتكاب أى محظور شرعى .

ثالثا : من القواعد المقررة فى الشريعة رفع الحـرج ، والقول بعدم جواز المضاربة فى الصورة السـابقة يترتب عليه نوع من الحرج وعدم تحقيق الحاجة .

---

(١) مغنى المحتاج : المرجع السابق

رابعا : يجاب عن زيادة الكلفة التى قـال بـها فقـهاء المالكية بأن المضارب بقبوله لهذا التوكيل يعتـبر متبرعا بهذا الجهد الزائد ولا يأس بذلك ، ولا يوجد فى قواعد الشريعة ما يمنع من روح التعاون بيـن أفراد الأمة الإسلامية بل هو الواجب .

خامسا : أما تفريق فقهاء الشـافعية فـى الحكـم بيـن الصورتين السابقتين فلا أرى لهذه التفرقـة ثمـرة عملية لأن غاية الصورتين واحدة ألا وهى قبـض الدين ثم العمل به مضاربة وإذا تعذر القبض فـلا رأس مال مقبوض ، ومن ثم فلا مضاربة وبنـاء على ذلك فالراجح هو إباحة المضاربة بدين علـى ثالث والله أعلم .

هل المضاربة بالوديعة صحيح ؟

وصورة المسألة فى هذه الحالة هو : لنفـرض أن رجلا أودع مبلغا من المال وليكن عشرة آلاف جنيه عند رجل آخر فهل يجوز شرعا للمودع – بفتح الـدال – أن يعمل بمال الوديعة مضاربة ؟ فبالبحث فى كتب فقـهائنا

الأجلاء ظهر لى أن فى حكمها رأيان للفقهاء ، وبيانـهما كالتالى : -

الرأى الأول :- ذهب فقهاء الحنفية [١] ، والشافعية [٢]،

والحنابلة [٣]إلى القول بجواز المضاربة بالوديعة .

الرأى الثانى : - قال فقـهاء المالكيـة [٤]ولا تجـوز المضاربة بمال الوديعة .

الأدلة : -

احتج أصحاب الرأى الأول على الجواز بقولـهم [٥]: إن الوديعة ملك لرب المال ، والأصل أنـها قائمـة بحالها فى يد المودع عنده فجاز أن يضاربه عليها كمـا لو كانت حاضرة فقال : قارضتك على هذا الألف وأشار إليه فى زاوية البيت .

---

(١)بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٦ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٠ .

(٣) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٩١-١٩٢ .

(٤) المدونة جـ٥ ص٨٨ .

(٥) المراجع والمواضع السابقين .

واحتج فقهاء المالكية على قولهم بعدم الجــواز إلا يعد قبض الوديعة لأن المودع عنده يخشى أن يكون قــد اتفق الوديعة ومن ثم تكون دينا فى ذمته فى هذه الحالة ، فإذا وقع ذلك وعمل المودع عنده فى الوديعة فإن الربــح لربها وعليه الخسر ، وللعامل أجرة المثل .(١)

والذى أميل إليه هــو رأى الجمــهور ذلــك لأن المودع عنده إذا انفق الوديعة تصير دينــا فــى ذمتــه والحال هنا يختلف ، وإذا كان ذلك كذلك فيرجع الأمــر إلى ما سبق بيانه فى المضاربة بالدين من التفرقة بيــن الملىء وبين المعسر فتباح مع الأول ولا تحل مع الثانى وتخوف السادة فقهاء المالكية محل نظر ، لأن الأصــل أن المودع عنده أمين ، وأن الوديعة قائمة بحالها عنده لم تتغير . فمن ثم فخشيتهم لا محل لها . فتجور المضاربة بالوديعة والله أعلم .

الشرط الثالث : أن يكون معلوما .

---

(١)الخرشى على خليل جــ٦ ص٢٠٦ ، المدونة للأمام مالك جــ٥ ص٨٨ .

يشترط لصحة عقد المضاربة أن يكـــون المـــال معلوما المقدار ، فإن كان رأس المال مجهولا لاتصـــح المضاربة ، لأن جهالة رأس المال تؤدى إلـــى جهالـــة الربح وكون الربح معلوما شرط لصحـــة المضاربـــة ، وهذا أمر متفق عليه عند الفقهاء [١]

الشرط الرابع : تسليم رأس المال إلى العامل [٢]

من الشروط اللازمة لصحة عقد المضاربة أيضـــا تسليم رأس مال المضاربة إلى المضارب ، والمقصـــود بتسليم رأس المال أن تطلق يد المضارب فى التصـــرف فى المال ، وليس المقصود تسليم المال فى مجلس عقـــد المضاربة أو التسليم الفعلى حال العقد .

وبناء على ذلك فلـــو شـــرط رب المـــال علـــى المضارب أن يكون المال فى يده وفى حوزته ، أو فـــى يد شخص آخر لكن العامل يوفى منه ثمن ما اشتراه لـــم تصح المضاربة وكذلك لو شرط رب المال مراجعته فى

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٥ ، الخرشى على خليل جـ٦ ص٢٠٣ .مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٠ ، المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٩١

(٢) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٩ ، الخرشى جـ٦ ص٢٠٣ ، ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣٠

التصرف لا تصح المضاربة أيضا ، والعلة فى ذلك هى عدم إطلاق يد المضاربة من العمل ثم الربح .

حكم اشتراط عمل رب المال مع العامل : –

إذا اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فـــى العمل كالبيع والشراء ونحوهما فهل هذا الشرط يؤثر فى عقد المضاربة بالفساد أم أن هذا العقد صحيح ولا بـــأس فى ذلك ؟

للإجابة عن هذا التساؤل وجد رأيان للفقهاء فـــى هـــذه المسألة ، وها هو بيان الرأيين :

الرأى الأول :

ذهب جمهور الفقهاء [1] ما عدا فقهاء الحنابلـــة إلى القول بأن عقد المضاربة يكون فاسدا بهذا الشرط .

الرأى الثانى :

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٥٩٩-٣٦٠٠ ، الخرشى على متن العلامة خليل جـ٦ ص٢٠٧ ، والمدونة للإمام مالك جـ٥ ص١١ ، تحفة المحتاج لابن حجر جـ٦ ص٨٥ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٠ .

ذهب فقهاء الحنابلة[١] إلى القول : بأن الشرط لا يؤثر فى عقد المضاربة بالفساد ، بل صحيح لا غبار عليه .

الأدلة : -

احتج الجمهور على مذهبهم بقولهم : إن هذا الشرط يتنافى مع شرط تسليم المال إلى العامل لكى تطلق يده بالتصرف فيه [٢]

واحتج فقهاء الحنابلة على قولهم : بأن العمل أحد ركنى المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الأخر كالمال ، والمضاربة عندهم تقتضى تصرف العامل فى مال غيره بجزء مشاع من الربح . وهذا حاصل مع اشتراكهما فى العمل [٣]

قال ابن قدامة : " أن يشترك اثنان بمال أحدهما ، وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ، مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا

(١) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٣٧-١٣٨ .

(٢) المراجع والمواضع السابقة .

(٣) المغنى : المرجع السابق

جائز وتكون مضاربة ، لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعملة فى مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة) (١)

والذى أميل إليه وأرجحه فى هذه المسألة هو قول فقهاء الحنابلة من أن المضاربة بشرط عمل رب المال مع المضارب لا بأس بها وذلك لما يلى : -

أولا : إن الظروف تقتضى فى بعض الأحيان أن يشترط رب المال أن يعمل مع المضارب كما لو كان العمل مفتقرا إلى رأى صاحب رأس المال إذ أن له رأى رشيد فى بعض الأعمال ، وأيضا فمن حق صاحب المال أن يراقب العامل وأن يرشده إلى ما فيه المصلحة التى تعود عليهما معا وفى نفس الوقت يضمن عدم هلاك رأس ماله .

ثانيا : إن المسألة لم يرد فيها بخوصها نص صريح من كتاب أو سنة ، بل هى مسألة مجتهد فيها ، وهنا فى مثل هذا المقام المصلحة لها محل اعتبار ،

(١) المغنى جـ٥ ص١٣٧ ، ١٣٨ .

فضلا عن عدم وجود محظور شرعى إذا كانت المضاربة فى مثل هذا الأمر جائزة .

هل يجوز لرب المال إضافة مال آخر لرأس مال المضاربة ؟

بالبحث فى آراء الفقهاء المختلفة ظهر لى أنهم لا يمنعون من إضافة ما آخر إلى رأس مال المضاربة ، ولكنت بشرط أن يكون المال الذى تم عقد المضاربة عليه مستقلا عن هذا المال الأضافى ويختص رأس مال المضاربة بالربح والخسارة بحيث لا يجبر ربحه خسارة المال الآخر ، ولا يجبر خسرانه من ربح مال آخر وبناء على ذلك .

لو دفع رب المال إلى المضارب الآخر قبل التصرف فى الأول فلا بأس ، ويكون كما لو دفع إليه المالين دفعة واحدة وإذا دفع إليه المال الثانى بعد التصرف فى الأول ببيع أو شراء واشترط عليه أن يخلطه بالأول فإن ذلك لا يصح لأنه يوجب خسران أحدهما بربح الآخر .

وإذا دفع إليه المال الثانى بعد نصـــوص المـــال الأول ومساواته لرأس المال من غير زيادة ولا نقصـــان فلا بأس وإلا أى إذا كان فيه زيادة أو نقصان لم يصلــح حتى يقبض ماله فيقاسمه رب المال ، ثــم يدفــع إليــه ويزيده من عنده ما شاء فيكون قراضا مبتدأ .(١)

جاء فى المدونة (قلت : فإذا دفعت إليـــه مـــالا قراضا على النصف فلم يعمل به حتى دفعت إليه مـــالا آخر قراضا بالثلث على أن يخلط المالين جميعا أيجــوز هذا ؟

قال : قد أخبرتك أنى سألت مالكا عن الرجل يدفع إلـــى الرجل المائتى دينار على أن واحدة من المائتين قــراض على الثلث ، والأخرى قراض على النصف قال مـــالك : لا خير فيه إذا كان لا يخلطها . قال سحنون : وإذا كــان على أن يخلطها فهو جائز لأنه يرجع حسابه إلى جـــزء معروف ، وكذلك الذى دفع مالا بعد مال) (٢)

---

(١) المغنى لابن قدامه جـــ٥ ص١٧٥ - ١٧٦ ، شرح منتهى الارادات للبهوتى جـــ٢ ص٣٣٥ - ٣٣٦ ، المدونة جـــ٥ ص١٠٣ - ١١٤ ، الخرشى جـــ٦ ص٢١٢ .

(٢) المدونة جـــ٥ ص١١٣ -١١٤ .

وبناء على هذا النص ففقهاء المالكية يشـــترطون لجواز المضاربة فى هذه المسألة خلط المالين إذا كـــان جزء الربح مختلفا لأنه قد يتهم العامل فى هــذه الحالــة بأنه يعمل فى أكثر الجزئيين دون الآخر عملا كثيرا .

وقال صاحب المغنى : (وإذا دفـــع إليـــه ألفـــا مضاربة ثم دفع إليه ألفا أخرى مضاربة ، وأذن له فـــى ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف فى الأول جاز ، وصارا مضاربة واحدة كما لو دفعهما إليه مـــرة واحدة .

وإن كان بعد التصرف الأول فى شراء المتاع لـم يجز لأن حكم الأول استقر ، وكان ربحـــه وخســـرانه مختصا به فضم الثانى إليه يوجـــب جـــبران خســـران أحدهما بربح الآخر ، فإذا اشترط ذلك فى الثانى فســد ؛ فإن نفى الأول ضم الثانى إليه لزوال هذا المعنى وإن لم يأذن له فى ضم الثانى إلى الأول لم يجز له ذلك) (١)

ويتضح لنا مما سبق أنه يجوز لـــرب المـــال أن يضيف إلى رأس مال المضاربة مـــالا آخـــر إذا أراد ،

---

(١) المغنى : المرجع السابق ، شرح منتهى الارادات : المرجع السابق .

ولكن بشرط أن تكون هذه الإضافة قبل تصرف العـــالم فى حال المضاربة الأول أو بعد تصرفه فيه ونضوضـــه كما كان بلا زيادة أو نقصان .

أما إذا كان المال الأول قد حدث فيه تداول بـــالبيع والشراء ونحو ذلك فلابد أن يتميز كل رأس مال بربحـــه وخسارته ، فلا تجبر خسارة أحدهما بربح الآخر .

هذا ولا يفوتنى أن أشير هنا إلـــى عـــدم وجـــود تفصيل لهذه المسألة فى الفقه الحنفى أو الشافعى ، وهـــذا فى حدود علمى ولعل لهما تفصيلا لها لم أعثر عليـــه . والله أعلم .

هل يجوز لرب المال أن يسترد جزءا مـــن مـــال المضاربة ؟

لبيان الحكم فى هذه الصورة أسوق أولا بعـــض النصوص لبعض الفقهاء ثم أستخلص منها الحكم فى هذه الصورة فأقول وهو المستعان :

قال صاحب المدونة : (قال مالك فى رجل دفـــع إليه رجل مالا قراضا ، فتسلف منه مالا ثم عمل بما بقى . قال مالك : هو ضامن لما تسلف منه ، وما بقى فـــى

يديه يعمل به فهو الذى فيه القراض وليس الذى تسلف منه على القراض فمسألتك أرى الخمسمائة التى عمل بها هى رأس مال القراض فربحها على ما اشترطا ، والعامل ضامن للخمسمائة التى أكلها ، ولا يحسب لها ربحا ، ولا شىء على العامل فيها إلا أن يخرجها فقط) . (١)

وهذه المسألة وإن كانت متعلقة بأخذ العامل لجزء من مال القراض ، فإنه يقاس عليها أخذ المالك كذلك ، ولهذا جمع الخرشى بين أخذ المالك وأخذ العامل فى نسق واحد فقال : (والمعنى أن العامل أو رب المال إذا جنى أحدهما على شىء من مال القراض أو أحدهما شيئا منه فإن حكمه حكم جناية الأجنبى ، أى فيكون ما بقى بعد الجناية هو رأس مال القراض والربح لما بقى ، وأما ذهب فيتبع به فى ذمته ولا فرق بين أن تكون الجناية قبل العمل أو بعده ، ولكن إن كانت قبله يكون الباقى رأس المال ، وأما بعده فرأس المال على أصله

---

(١) المدونة للإمام مالك جـ٦ ص٢١٥ ، مع حاشية العدوى بالهامش .

لأن الربح يجبره ، ولا يجبره إذا حصل ما ذكـــر قبلـــه لأنه مال ضمن بخلاف الخسر والتلف مطلقا فإن الربـــح يجبرهما)

والحاصل أن التلف والخســـر يجـــبران مطلقـــا بخلاف المستهلك فإنما يجبر بعد لا قبل .

وقال صاحب مغنى المحتاج : (ولو استرد المالك فيه أى مال القراض ، قبل ظهور ربح أو خسران فيـــه رجع رأس المال إلى ذلك الباقى بعد المسترد لأنه لم يترك فى يده غيره فصار كما لو اقتصـــر فـــى الابتداء على إعطائه له ، وإن استرد المالك بغير رضـــا العامل بعد ظهور الربح فالمسترد منه شائع ربحا ورأس مال ، على النسبة الحاصلة من جملة الربح ورأس المال لا يلحقه حكم الباقى لاستقرار ملك العـــامل علـــى مـــا يخصه من الربح فلا يسقط بما يحصل من النقص بعد . أما إذا كان الاسترداد برضا العامل فـــإن قصـــد هـــو والمالك الأخذ من الأصل اختص به أو من الربح كذلـــك يملك العامل مما بيده مقدار ذلك على الإشاعة) (١)

---

(١)مغنى المحتاج جـ٢ ص٢٣٠ تحفة المحتاج لابن حجر جـ٦ ص١٢٠ .

وقال صاحب المغنى : " وإن دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة ، فإن الخسران لا ينقص به رأس المال لأنه قد ربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذ رب المال وهى العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع درهم ، ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية اتساع درهم ، وكذا إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال . (١)

وعلى ذلك فيجوز لرب المال أن يسترد ما يريد من رأس مال المضاربة فى أى وقت ، والمضاربة تنفسخ فيما أخذه ، ويكون الباقى هو رأس مال لأنه لم يترك فى يده غيره فصار كما لو اقتصر من الابتداء على إعطائه له . ولكن إذا كان ذلك قبل ظهور الربح والخسارة ، كان المسترد جزءا من رأس المال فقط ورجع رأس المال إلى الباقى .

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٧٠ - ١٧١ ويرجع شرح منتهى الارادات جـ٢ ص٣٣٣ .

أما إذا كان بعد ظهور الربح كان المسترد شائعا ربحا ورأس مال على النسبة الحاصلة من جملة الربح والأصل لأنه غير متميز ويستقر ملك العامل على ما خصه من الربح ، فلا ينفذ تصرف المالك فيه ، ولا يسقط لخسر وقع بعده كذلك لو كان الاسترداد بعد ظهور خسر ، فإن رأس المال ينقص بالجزء الذى أخذه رب المال ، وربما يخص ذلك الجزء من خسران أى أن الخسران موزع على المسترد وعلى الباقى فلا يلزم جبر حصة المسترد ولو ربح بعد ذلك

أما فقهاء الشافعية ففرقوا بين الاسترداد الذى يكون برضا العامل ، والذى لا يكون رضاه فما لم يكن رضاه حملوه على الإشاعة ، وأما ما كان منه برضاه فقد اعتبروا القصد ، فقالوا : إن قصد الأخذ من رأس المال اختص به ، أو من الربح اختص به ، ومن ثم يملك العامل مما فى يده قدر حصته على الإشاعة ، فإن لم يقصد أحد زينك حمل على الإشاعة .

والخلاصة أنه لا بأس باسترداد المالك لجزء من مال المضاربة ، فإن كان قبل التصرف كان من رأس

المال ، والباقى هو رأس المال وإن كان بعـــد ظـــهور الربح أو الخسارة كان المسترد من الأصل والربح فـــى حالة وجود الربح ، وكان الربح موزعا على المســـترد وعلى الباقي فى حالة وجود الخسارة ، والباقى هو رأس المال .

والله أعلم .

المطلب الخامس
العمل وشروطه

من أركان عقد المضاربة العمل ، ولـــه شـــروط بعضها محل اتفاق بين أهل العلم ، وبعضها محل نـــزاع بينهم ، وهناك بعض التصرفات المخولـــة للمضاربـــة يملكها بمقتضى عقد المضاربة والبعض الآخر لابد لـــه من تفويض عام من رب المال ، أو إذن خاص منه لـــه إلا أن ثمة تصرفات لا يملكها العامل أصلا ، وســـوف أتحدث عن هذه المسائل ، وتلك الشروط بشـــيء مـــن التفصيل فيما يلى : -

المسألة الأولى : شروط العمل فى المضاربة :

لما كان العمل ركن فى عقد المضاربة ، فلابد لـه من شروط وهى :

الشرط الأول : - أن يكون فى مجال التجارة وما يتعلق بها .

والمتتبع لعبارات السادة الفقهاء عند حديثهم عـــن هذا الشرط تكاد تكون عباراتهم متفقة من حيث المعنى ، فيقول الكاسانى عند حديثه عن تصرفات المضارب التى

يملكها بمقتضى عقد المضاربة " وله أن يدفـــع المـــال بضاعة لأن الإبضاع من عادة التجار " ويقول : " ولـــه أن يستأجر من يعمل فى المال لأنه من عـــادة التجـــار وضرورات التجارة " وأيضا : " ولو باع شـــيئا وأخـــر الثمن جاز لأن التأخير للثمن عادة التجار "(١)

وقال الخرشى فى تعريف القراض : توكيل علـــى تجر فى نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما " (٢)

وقال صاحب مغنى المحتاج : " ووظيفة العـــامل التجارة وهى الاسترباح بالبيع والشراء " (٢)

وقال النووى فى روضة الطالبين ذاكرا هـــذا الشـــرط صراحة " على أنه لابد أن يكون تجارة " (٣)

وعرف صاحب المقنع القراض بقوله : " أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما " (٤)

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٨ ص٣٦٠٦-٣٦٠٧ .

(٢) الخرشى على خليل جـ٦ ص٢٠٣ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١١ .

(٣) روضة الطالبين للنووى جـ٥ ص١٢ .

(٤) المقنع لابن قدامه جـ٢ ص١٧١ .

والمتأمل فى نصوص الفقهاء فى هـــذا المجـــال يظهر له أن معظم مسائل عقد المضاربة تـــدور حـــول البيع والشراء ورأس المال والربح والضمان ونحو ذلـــك مما من خواص التجارة .

مدى جوار مضاربة صاحب الحرفة على حرفته ؟

إن المتتبع لأقوال الفقهاء من خـــلال النصـــوص التى وردت فى كتبهم يتبين لنـــا أن العمـــل الأساســـى المنوط للمضارب بمقتضى عقد المضاربة هى التجـــارة وتوابعها ، ويخرج بقيد التجارة اســـتخراج المضـــارب الربح باحتراف ، ومن ثم فإذا سلم رب المال المضارب لاستخراج الربح بحرفته ، ثم تقسيم الربح على ما اتفقـــا عليه فإن عقد المضاربة يكون فاسدا وها هـــى بعـــض النصوص التى وردت فى كتب الفقهاء والتى تثبت ذلك

ونص صاحب البدائع على أنه إن أخذ المضـــارب نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق من المال لم يجـــز على رب المال ، وإن كان قال رب المال إعمـــل فـــى المال برأيك . لأن الأخذ منه معاملة عقد علـــى منـــافع نفسه ومنافع نفس المضارب ولا تدخـــل تحـــت عقـــد

المضاربة ، فصار كما لو أجر نفسه للخدمة ، ولا يعتبر ما شرط من الأنفاق ، لأن ذلك ليس بمعقود عليه ، بل هو تابع للعمل ، كالخيط فى إجارة الخياط ، والصبغ فى الصباغة .(١)

وبناء على ذلك فالعمل فى عقد المضاربة لابد أن يكون فى شئون التجارة ، أما سائر الحرف لا تصح أن تكون مضاربة لأنها أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها ، فتدخل فى مجال التجارة لا فى مجال المضاربة .

وقال صاحب المدونة : " أرأيت إن دفعت لرجل مالا قراضا على أن يشترى بها جلودا فيعملها بيده خفافا أو نعالا أو سفرا ثم يبيعها فما رزق الله فيها فهو بيننا نصفين ؟ قال : لا خير فى هذا عند مالك "

وقال فى موضع آخر : " فإن عمل رأيته أجيرا ، وما كان فى المال من ربح أو وضيعة فلصاحب المال " (٢)

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٢٤ .

(٢) المدونة للإمام مالك جـ٥ ص٨٩ .

وجاء فى كفاية الأخبار : " إن قارض شخصا على أن يشترى حنطة فيطحن ويجير ، أو يغزل غزلا فينسجه ويبيعه فسد القراض ، لأن القراض رخصة شرع للحاجة وهذه الأعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها فلم تكن الرخصة شاملة لها ، فلو فعل العامل ذلك بلا شرط لم يفسد القراض فى الراجح [١]

وفى الروضة : " شرط أن يشترى شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما فاسد ويكون الصيد للصائد ، وعليه أجرة الشبكة " [٢]

وقال صاحب المغنى : " وإن دفع ثوبه إلى خيلط ليفصله قمصانا يبيعها له وله نصف ربحها يحق عمله جاز ، ونص عليه فى رواية حرب ، وإن دفع غزلا إلى رجل ينسجه ثوبا بثلث ثمنه أو ربعه جاز " [٣]

وعلى ذلك ففقهاء الحنابلة صححوا هذه الصورة بناء على قاعدة أخرى وهى القياس على المساقاه

---

(١) كفاية الاخبار جـ١ ص١٨٧ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١١ .

(٢) روضة الطالبين جـ٥ ص١٢٠ .

(٣) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١١٨ .

والمزارعة ، ووجه ذلك عندهم بأنها عين تنمى بـــالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير وكالشجر فى المساقاة والأرض فى المزارعة .

وقد أشار الإمام أحمد إلى ما يدل على ذلك فقال : " لا بأس بالثوب يدفع الثلث والربع لحديـــث جـــابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى خير على الشـــطر ، وهذا يدل على أنه قد صار فى هذا ومثله إلى الجـــواز لشبهة بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربـــة ولا إلـــى الإجارة . [١]

والذى يظهر لى هو رجحان مذهب الحنابلة فـــى هذه المسألة لأمرين :

الأول : إن رأيهم يحقق مصلحة المتعاقدين ، فالمضارب عندما يعلم أن ربحه منوط بعمله سيبذل مـــا فـــى وسعة من جهد لأن مصلحته فى هذا .

الثانى : القياس هنا صحيح لا غبار عليـــه أى القيـــاس على المزارعة والمساقاة ، وأيضا فـــلا محظـــور شرعا عند الأخذ بهذا الرأى ، فضلا عن أنه يحقق

---

(١) المغنى جـــ٥ ص١١٨ : المرجع السابق .

مصلحة الطرفين كما علم وكذلك أيضا رب المـــال سيشعر بالأمان والثقة . لأنه لا يلتزم بدفع أجـــرة للمضارب من ماله ، وإنما الأجر من نتيجة عمـــل العامل .

الشرط الثانى : – ألا يكون مضيقا عليه بتقييد غير مفيد ولتوضيح هذا الشرط يجب أن أبين أنـــواع المضاربـــة فأقول ومنه العون وحده .

المضاربة نوعان : –

أ – **مطلقة : –** وهى أن يدفع المال مضاربة من غـــير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعاملـــه

ب – **مقيدة : –** وهى أن يخصص العمل بشىء من ذلك (١)

والأصل فى القيد اعتباره إذا كان مفيـــدا ، ولأن الأصل فى الشروط اعتبارها ما أمكن ، فيتقيـــد بـــه ،

---

(١) بدائع الصنائع جـــ ٨ ص٣٦٠٥ ، ٣٦٠٦ .

ويبقى مطلقا فيما وراءه وإن لم يكن مفيدا لا يثبت ، بـل يبقى مطلقا لأن ما لا فائدة فيه يلغى ويلحق بالعدم

وإن كان فقهاء الحنفية اعتبروا الأخير من القيـود المفيدة والمعتبرة

لاختلاف الناس فى الثقة والأمان .

ومثال التقييد المفيد أن يعين له بلدا بعينه لا يعمل إلا فيه ، أو نوعا من أنواع التجارة لا يتجر إلا فيـه ، وفى هذه الحالة لم يكن للعامل مجاوزته كما فى سـائر التصرفات المستفادة بالإذن . (١)

قال ابن رشد : " واختلفوا فى المقارض يشـترط رب المال عليه خصوصا التصرف مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع ، أو تعيين جنس ما من البيـع أو تعيين موضع ما للتجارة ، أو تعيين صنف مـا مـن الناس يتجر معهم .

---

(١) المرجع والمواضع السابقة .

فقال مالك والشافعى فى اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا ما من أوقات السنة ، وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشتراط عليه ، وإن تصرف فى غير ما اشتراط عليه ضمن فمالك والشافعى رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الضرر بذلك ، وأبو حنيفة استخف الضرر الموجود فى ذلك ، كما لو اشترط عليه أن لا يشترى جنسا ما من السلع لكان على شوطه فى ذلك بإجماع "

وعلى ذلك فالذى أميل إليه فى هذه المسألة هو تقرير القاعدة العامة التى هى محل اتفاق بين الفقهاء [١] ألا وهى اعتبار القيد إذا كان مفيدا وعدم اعتباره

إذا لم يكن مفيدا ، وبشرط عدم اصطدام الشرط المقيد بنص من كتاب الله ، أو سنة ، أو إجماع ، أو قياس صحيح . وما يخرج عن هذه القاعدة يحكم فيه العرف التجارى الذى يتغير بتغير الظروف والأحوال

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٠٥-٣٦٠٦-٣٦٣١ ، بداية المجتهد جـ٢ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١١ ، المغنى جـ٥ ص١١٨ .

التجارية ، بشرط عدم معارضة العرف دليل معتبر من الأدلة الشرعية المعروفة .

ما مدى اشتراط التوقيت لصحة المضاربة ؟

وبعبارة أخرى هل يشترط لصحة عقد المضاربة ألا تكون مؤقته ؟

بالبحث ظهر لى أنه يوجد رأيان للفقهاء فى الجواب عن هذا السؤال بيانهما كما يلى : -

الرأى الأول : - ذهب فقهاء الحنفية [١]، وفى الصحيح من المذهب الحنبلى [٣] إلى القول بأنه يجوز أن يكون عقد المضاربة مؤقتا فلقد جاء فى البدائع : " ولو قال خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا " ووجه ذلك الكاسانى بقوله : " ولنا أن المضاربة توكيل ، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت " [٢] .

---

(١)بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٣٣ .

(٣) المغنى جـ٥ ص١٨٥

(٢) البدائع : المرجع السابق

جاء فى نتائج الأفكار " وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه ، لأنه توكيل فيتوقف بما وقته والتوقيت مفيد ، وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان " (١)

وقال المغنى " ويصح تأقيت المضاربة مثل أن يقول ضاربتك على هذه الدراهم سنة فإذا انقضت فلا تبع ولا تشتر "

ثم ذكر ابن قدامة الروايتين الواردتين فى هذه الصورة بالجواز وعدمه واختار القول بالجواز وعلل القول بالجواز بقوله : " ولنا انه تصرف بتوقيت بنوع من المتاع فجاز توقيته فى الزمان كالوطالة " (٢)

ومن ثم يتضح لنا أن وجه الجواز عند الحنفية ، ومن وافقهم من الحنابلة هو القياس على الوكالة من جهة ، والقياس على أنواع التقييدات الأخرى الجائزة من جهة أخرى (٣)

(١) نتائج الأفكار لقاضى زاد افندى جـ٨ ص٤٥٧ .

(٢) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٨٥

(٣) المراجع والمواضع السابقة .

الرأى الثانى : -

ذهب فقهاء المالكية ، والشافعية إلى القول بــــأن عقد المضاربة لا يصح أن يكون مؤقتا بوقت .

قال الخرشى : " وكذلك يكون القراض فاســدا إذا وقع إلى أجل معلوم لأنه عقد غير لازم وهو رخصـــة ، فلكل واحد منهما أن يفك نفسه متى شاء فإذا وقع إلـــى أجل معلوم فقد منع نفسه من تركه " (١)

وجاء فى مغنى المحتاج " ولا يشترط بيان مـــدة القراض ، لأن مقصود

القراض وهو الربح ليس له وقت معلوم فلو ذكــر مــدة ومنعه التصرف بعدها فسد (٢)

وعلى ذلك فوجه المنع فى ذلك هو التضييق علــى العامل ويدخل عليه مزيد من الضرر ، لأنه ربما بــارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر " (٣)

---

(١) الخرشى الموضع السابق

(٢)مغنى المحتاج جــ٢ ص٣١١ .

(٣) بداية المجتهد جــ٢ ص٢٣٨ ، ٢٣٩ .

وأيضا فلأن العامل يستحق البيع لأجل الربـــح ، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافى مقتضاه فلم يصح [١]

والذى أرجحه هو الرأى الأول ، وذلك للتوجيـــه الذى ذكروه من ناحية ، ولتحقيق مصلحة المتعاقدين من ناحية أخرى ، ولعدم وجود محظور شرعى فى هذا .

محل المضاربة : -

التجارة هى شراء شىء بقصد الحصول على ربح وللتجارة مجالات مختلفة ومتباينة ، فقد تكـــون محـــل التجارة منقولات ، أو حيوانات ، أو عقـــارات أو نحـــو ذلك والأفضل هنا هو تحكيم العرف التجارى ، فما يعده العرف التجارى محلا للتجارة تصح فيه المضاربة ومالا فلا .

ومن ثم فقد نص كثير من الفقهاء على جـــواز أن يشترى المضارب أرضا ، أو يكتريها ثم يزرعها بقـــد تنمية المال بهذه الوسيلة .

---

(١) المهذب جـــ١ ص٣٨٦ ، مغنى المحتاج جـــ٢ ص٣١١ .

فقال الكاسانى : " قال محمد : ولـه أن يستأجر أرضا بيضاء ، ويشترى ببعض المال طعاما ، فيزرعه فيها ، وكذلك له أن يقلبها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز ، والربح على ما شرطا . لأن الاستئجار من التجارة لأنه طريق حصول الربح ، وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب " (١)

وقال ابن عابدين " فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها أو يغرسها جاز " (٢)

وفى المدونة : " قلت : فلو دفعت إلى رجل مالا قراضا فاشترى به أرضا أو اكتراها ، واشترى ذريعة وأزواجا فزرع وربح أو خسر . أيكون ذلك قراضا ؟ ويكون غير معتد ؟ قال : نعم ، إلا أن يكون خاطر به فى موضع ظلم أو عدو يرى أن مثله قد خاطر به فيضمن ، وأما إذا كانت فى موضع أمن وعدل فلا يضمن ، قلت : أو ليس مالك قد كره هذا ؟ قال إنما

---

(١) بداية الصنائع جـ٨ ص٣٦٠٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٤٩ .

كرهه مالك إذا كان يشترط إنما يدفع إليه المال القـراض على هذا " [١]

وجاء فى مغنى المحتاج : " سكوت المصنف عن بيان نوع ما يتجر فيه العامل مشعر بأنــه لا يشــترط ، ويحمل الإطلاق على العرف ، وهـــو الصحيــح فـــى الروضة ، وإن جزم الجرجانى باشتراطه [٢]

وفى شرح منتهى الإدارات : " وملــك " العــامل أيضا إذا قيل له أعمل برأيك أو بما أراك الله " المزارعة " لأنها من الوجوه التى يبتغى بعا النماء ، فـــإن تلــف المال فى المزارعة لم يضمنه " [٣] .

وكما يجوز للمضاربـــة أن يشــترى أرضـــا أو يكتربها ليزرعها فإنه يجوز له أن يأخذ أرضا مزارعـــة أو نخلا مساقاه عند بعض الفقهاء .

فقد قال صاحب البدائــع : " ولــو أخــذ أرضـــا مزارعة على أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين

---

(١) المدونة : جـ٥ ص١٢٠ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١١ ، ويراجع أيضا نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٢٤ .

(٣) شرح منهى الإدارات جـ٢ ص٣٢٩ .

، فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه ، قال محمد : هذا يجوز إن قال إعمل برأيك .

وقال الحسن بن زياد : " إن الأرض والبذور والبقر إذا كان من قبل رب الأرض ، والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة ، بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا أنه عقد على منافع نفسه ، فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال ، وكذلك إذا شرط البقر على المضارب لأن العقد وقع على منفعة وإنما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ، ولو دفع المضارب أرضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال له إعمل برأيك أو لم يقل لأنه لم يوجب شركة فى مال رب المال وإنما آجر أرضه ، والإجارة داخلة تحت عقد المضاربة " (١)

وفى المدونة : " قلت : أرايت إن أعطيته مالا قراضا فذهب فأخذ نخلا مساقاة فأنفق عليها من مال القراض أيكون هذا متعديا أم تراه قراضا ؟ قال :

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٢٤ - ٣٦٢٥ .

ما سمعت من مالك فيها شيئا ولا أراه متعديـــا ، وأراه يشبه الزرع " (١)

وعلى ذلك فتنمية المال فى مجال الزراعـة هـو أحد الأمور التى يملك العامل أن يمارس فيـها نشـاطه لأنها من الوجوه التى يبتغى بها النماء ، ومن ثم فيمكـن لعقد المضاربة الشرعى أن يساهم فـى تنميـة الـثروة الزراعية وأن يدفع بعجلة التقدم فى هذا المجال الحيـوى ، ومن هنا يساهم عقد المضاربة فى التقدم الاقتصـادى بصفة عامة .

المسألة الثانية : أقسـام التصرفـات فـى عقـد المضاربة .

تنقسم التصرفات التى يقوم بها المضارب إلـى أقسام مختلفة ، فقسم يملكه المضارب بمقتضـى عقـد المضاربة كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن ، والارتـهان والاستئجار والإيداع والإبضاع ، نحو ذلك .

وقسم آخر لابد من النص عليـه حتـى يملكـه المضارب : وهو ما ليس بمضاربة ولا يحتمل أن يلتحق

---

(١) المدونة جـ٢ ص١٢٠ .

بها ، وذلك كالاستدانة عليها ، ولما فى ذلك من زيـــادة ضمان على رب المال وزيادة فى رأس المال بغير إذنــه ، وكالقرض والهبة والصدقة لأن مال الغير لا يحتمــل التبرع إلا بإذنه .

وقسم لا يملكه بمقتضى العقد بل مــن قــول رب المال للمضارب إعمل برأيك وذلك كدفع المال إلى غيره مضاربة أو شركة .

وقسم ليس للعامل أن يقوم به أصلا ، وهو شــراء ما لا يملك بالقبض ، وما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضــه . ومثال الأول شراء الميتة والدم لتعارض ذلك مع غرض الربح الذى هو أساس الإذن بالتصرف . ومثال الثـــانى شراء ذى الرحم المحرم من رب المال ، لأنه لو وقـــع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر علـــى بيعه بعد ذلك ، فيتنافى مع غرض الربح كما فى المثــال السابق [١]

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٢٥ ، ٣٧٠٦ ، ص٣٧٠٧ ، وحاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٤٩٠ .

وهذا التقسيم ذكره فقهاء الحنفية فى كتبهم إلا أنــه تقسيم يحتاج إلى بيان وذلك كما يلى : -

القسم الأول : ما يملكه المضارب بمقتضى العقــد

اجتمعت كلمة الفقهاء على أن المضـــارب يملــك بمقتضى العقد كثيرا من التصرفات مثل التوكيل بـــالبيع والشراء ونحوهما [١]

ولكنهم اختلفوا فى الإيضاع ، والبيـــع بنســيئة ، والسفر بالمال ونحو ذلك . لكن ســـوف أتحــدث عــن موضوع الاستئجار كمثال لما هو محل اتفاق بين الفقهاء ، ثم يتلوه الحديث عن البيع بنسيئة ، والســـفر بالمـــال كمثالين لما هو مختلف فيه لدى الفقهاء ولأهميـــة هــذه الموضوعات فى باب المضاربة وخصوصا فـــى عـــالم المضاربات الحديثة فأقول ومنه التوفيق .

---

(١) يراجع فى هذه الحاشية ابن عابدين جـــ٥ ص٦٤٩ ، المدونة جـــ٥ ص٩٣ ، ومغنى المحتاج جـــ٢ ص٣١١ ، ٣١٦ ، ٣١٨ شرح منتهى الإدارات جـــ٢ ص٣٢٩ المحرر فى الفقه لأبى البركات جـــ١ ص٣٥١ .

(أ) هل يجــوز للعــامل أن يســتأجر علــى أعمــال المضاربة ؟

قال الكاسانى جوابا عن هذا السؤال : " وله أن يســتأجر من يعمل فى المال لأنه من عادة التجــار وضــرورات التجارة أيضا ، لأن الإنسان قد لا يتمكــن مــن جميــع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الأخير ، ولــه أن يســتأجر البيوت ليجعل المال فيها ، لأنه لا يقدر على حفظ المــال إلا به ، وله أن يستأجر السفن والــدواب للحمــل ، لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق يحصل به الربح ، ولا يمكنه النقل بنفسه "(١)

وفى المدونة : " أرايت المقارض أله أن يســتأجر الأجراء يعملون معه فى المقارضة ، ويستأجر البيــوت يجعل فيها متاع المضاربة ، أو يستأجر الدواب يحمــل عليها متاع القرواض ؟ قال : نعم عند مالك هذا جــائز " (٢)

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٠٧ .

(٢) المدونة جـ٥ ص٩٣ .

وقال النووى فى المنهاج : " وعليه فعل ما يعتاد كطـــى الثوب ووزن الخفيف كذهب ومسك ولا الأمتعة الثقيلـــة ونحوه وما لا يلزمه له الاستئجار عليه "

وفى تحفة المحتاج : " إن ما لا يلزمه فعلـــه لـــو تولاه بنفسه فلا أجرة له ، وما يلزمه عمله إن أســـتأجر عليه تكون الأجرة من ماله "

وقال ابن قدامه : " وعلى العامل أن يتولى بنفســه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشـــر الثواب وطيه وعرضه على المشترى ومساومته وعقـــد البيع ومعه وأخذ الثمن وانتقاده وشـــد الكيـــس وختمـــه وإحرازه فى الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنـــه مستحق للربح فى مقابلته ، فإن استأجر من يفعل ذلـــك فالأجر عليه خاصة لأن العمل عليه .

فإما ما لا يليه العامل فى العادة مثل النداء علـــى المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله ولـــه أن يكترى من يعمله لأن العامل فى المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف ، فإن فعل العـامل ما لا يلزمه فعله متبرعا فلا أجر له ، وإن فعله ليـــأخذ

عليه أجرا فلا شيء له أيضا ، ثم قال : وخرج أصحابنا وجها أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر ذلك ؟ على روايتين : وهذا مثله ، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملا لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئا ما لأجنبي " (١)

وبعد التأمل في النصوص السابقة يظهر لنا أن أعمال المضاربة تتنوع إلى نوعين : –

الأول : ما لا يلزمه فعله كأجرة كيل وحفظ ونحو ذلك مما جرت العادة أن لا يتولاه العامل بنفسه ، وهذا النوع له أن يستأجر عليه من مال المضاربة لأنه من أعمال التجارة ، فلو فعله بنفسه لا أجره له في الراجح.

الثاني : ما يلزم العامل فعله ، وهو كل ما جرت به العادة أن يتولاه بنفسه كنشر ثوب وطيه ونحو ذلك ، وهذا النوع لا أجر له لأنه مستحق للربح في مقابلته ،

---

(١) المغني جـ٥ ص١٦٧ .

فإن استأجر من يقوم بذلك فعليه الأجر خاصة لا على مال المضاربة.

ومعيار ما تجرى به العادة ، وما لا تجرى به هو العرف التجارى وهذا بطبيعة الحال يختلف من زمان إلى زمان ، ومن مكان إلى مكان ، ومن محل مضاربة إلى أخرى .

ب-هل يملك العامل البيع بالنسيئة بمقتضى العقد؟

بالبحث عن الجواب عن هذا التساؤل ظهر لى أنه يوجد رأيان للفقراء فى حكم هذه الصورة . وهاهو الجواب .

الرأى الأول :ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بأن المضارب يملك البيع بالنسيئة بمطلق عقد المضاربة [١]. وهو رواية فى المذهب الحنبلى [٢] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص ٧-٣٦ .

(٢) المغنى جـ٥ ص١٥٠ .

الرأى الثانى :-ذهب فقهاء المالكية [١] ، والشـافعية [٢] ، وفى رواية فى المذهب الحنبلى [٣] إلى القول بأنـــه لا يملك العامل البيع بالنسيئة بمطلق العقد ، بل لا بد مـــن إذن رب المال .

التوجيه :-ووجه أصحاب الرأى الأول قولهم بـالجواز بأنه من عادة التجار ، والإذن فى التجارة ينصرف إلـى التجارة المعتادة ، ولأن المقصود من عقد المضاربة هـو الربح ، والربح فى النساء أكثر [٤] .

ووجه أصحاب الرأى الثانى قولهم بالمنع ، بقولهم بأنه ربما هلك رأس المال فتبقى التبعة متعلقة برب المال فيتضرر بذلك ، ولأنه المضارب نائب فى البيع فلم يجز له التصرف إلا على وجه الحظر والاحتياط وفى النسيئة تغرير بالمال [٥] .

---

(١) المدونة جـ ٥ ص١١٦ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٥ .

(٣) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٥٠ .

(٤) بدائع الصائع الرجع السابق .

(٥) المرجعين والموضوعين السابقين .

والذى أرى نفسى تميل إليه هـو أن المضـارب يملك بمطلق العقد البيع بالنسيئة لكن يشـترط أن يقيـد بالمصلحة ، ويحكم فى ذلك العرف .

لأن عادة التجار ، ومصلحة المضاربة يقتضيـان نوعاً من المرونة فى عمل المضاربة ، وهذه المرونـة تقتضى السماح بتأخير قدر مـن الثمـن ، والمصلحـة تقتضى أن يكون هناك توازن بين البيع حـالاً والبيـع موجلاً حتى لا يتحول رأس مال المضاربة إلى ديون فى الذمة .

ج- ما مدى جواز سـفر العـامل بـرأس مـال المضاربة ؟

فى الجواب عن هذه المسألة يوجد رأيان وبيانـهما فيما يلى :-

الرأى الأول :- ذهب فقهاء الحنفية [١] ، والمالكيـة [٢] ، وفى رواية عند

---

(١) بدائع الضائع جـ٨ ص٣٦٠٨ .

(٢) المدونة جـ٥ ص١١٩ ، الخرشى جـ٦ ص٢١٠

الحنابلة [١] إلى القول بأنه يجـوز للعـامل أن يسـافر برأس مال المضاربة بحكم العقد .

وعللوا قولهم هذا بأن عقد المضاربـة المقصـود منه هو استنماء المال ، وهذا المقصود بالسفر أوقـر ، ولأن العقد صدر مطلقاً عن المكان فيجرى على إطلاقـه ، ولأن مأخذ الاسم دليل عليه ، لأن المضاربة مشـتقة من الضرب فى الأرض وهو السير [٢].

الرأى الثانى:—ذهب فقهاء الشافعية [٣] ، وهو روايـة فى المذهب الحنبلى [٤]، ومذهب الشيخ أبو يوسف مـن فقهاء الحنفية فى إحدى الروايتين عنه[٥] إلى القول بأنـه لا يجوز للمضارب أن يسافر بمال المضاربة بمقتضـى العقد .

ووجهة أصحاب الرأى الثانى رأيهم بأن المسافرة بالمال مخاطرة فلا تجوز إلا بإذن رب المـال ، إلا إذا

---

(١) المغنى جـ٥ ص ١٥١ .

(٢) المراجع والمواضع السابقة .

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص ٣١٧ .

(٤) المغنى المرجع السابق .

(٥) بدائع الضائع المرجع والموضوع السابقين .

قارضه بمحل لا يصلح للإقامة كالمغازة ، أو ببلد غـير بلده ، والظاهر أنه إذن له بالسفر إلى مقصده المعلـوم لهما ، ثم ليس له بعد ذلك أن يحدث سفراً إلى غير محل إقامته (١) .

والذى ينبغى مراعاته هنا هو مراعـاة العـرف التجارى والمصلحة المعتبرة شرعاً التى يهدف إليها هذا العقد فيفرق مثلا بين السفر الآمن وغيره ، وبين المـال القليل والكثير ، وأيضاً نوع المال ومدى رغبة النـاس فيه إلى غير ذلك من الاعتبارات التى تحكمـها قـاعدة العرف التجارى .

القسم الثانى :- مالا يملكه العامل إلا بإذن خـاص أو تفويض عام .

لقد سبق تقسيم فقهاء الحنفية لتصرفات المضارب وقالوا إن من التصرفات مالا يملكه المضارب إلا بـإذن خاص ، أو تفويض عام ، وفى حدود علمى لـم أعـثر على هذا التقسيم إلا عند فقهاء الحنفية ، والحنابلة ، ومن ثم فالأمر هنا يحتاج إلـى أن نتكلـم عـن أهـم هـذه

(١) المراجع والمواضيع السابقة .

التصرفات إجمالاً من غير تفصيل تيسيراً للبحث بقـــدر الإمكان ، والحديث تفصيـــلاً يكـــون فـــى المضاربـــة والشركة ، والخلط والاستدانة ، لأن هذه الأمـــور مـــن الأهمية بمكان ، ولا تصالحها الوثيق بالمضاربة .

الأمر الأول : مدى جواز المضاربة برأس مالها .

بالحث فى حكم هذه المسألة تبيـــن لـــى أن فـــى حكمها رأيان

وهاهو البيان :

الرأى الأول :- ذهب فقهاء الحنفيـــة [١] والمالكيـــة [٢] والحنايله [٣] إلى القول بأنه يجوز للمضارب أن يضارب آخر بمال المقارضة الأول إذا أذن له رب المال وممـــا يؤكد هذا الرأى بعض النصوص الآتية

قال الكاساني : " فأما إذا قال له إعمل برأيك فله أن يدفع مال المضارية إلى غيره" [٤]

---

(١) بدائع الصنائع ص ٣٦٢٨

(٢) الخرش ج٦ ص ٢١٤

(٣) المغني ج٥ ص ١٩٥ - ١٩٦

(٤) المرجع السابق نفس الموضوع

وقال صاحب المدونة " وقال مالك ولا يكون للعمـــل أن يقارض غيره إلا بامر رب المال "[١]

وقال ابن قدامه " وليس للمضارب دفع المال إلى آخـــر مضاربة ثم قال " إن أذن له رب المال والأ قـــــال " [٢]

وفي موضع آخر " وإن قال له إعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة " [٣]

والعلة من وجهة نظر أصحاب هذا الرأي هـــي : لأنـــه فوض الرأى إليه، وقد رأى أن يدفعه مضاربه فكان لـــه ذلك ،[٤] ولأن العمل في القراض مبني علـــى الأمانـــة فلأبد من إذن رب المال لأنه قد لا يرضى بالثاني .

ولأنه يوجب في المال حقا لغير صاحبـــه ، ولا يجـــوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه ، وأنه دفـــع إليـــه المال ليضارب به ، فإذا دفعه لغيره عن كونه مضاربـــا به فلأبد من إذنه . [٥]

---

(١) المداونه المرجع السابق نفس الموضوع

(٢) المغنى ج٥ ص ١٦١ -١٦٢

(٣) البدائع المرجع السابق

(٤) الخرش المرجع السابق

(٥) المغني لأبن قدامه ج ٥ ص ١٩٥ -١٩٦

الرأى الثاني :- ذهب فقهاء الشافعية إلى التفصيل فـــي هذه المسالة ومضمونه كما ذكر فى كتبهم ما يلى [١]
اشتراط فقهاء الشافعية لجواز ذلك إذن المالك إلا أنـــــهم فرقوا بين أمرين:

الأول : إذا قارض آخر بإذن المالك ليشاركه فى العمـــل والربح ، وفى هذه الحالة قيل : لا يجوز ، لأن القـواض على خلاف القياس ، ومحله أن يكون أحـــد المتعـــاقدين مالكا لا عمل له ، والآخر عاملا ولا ملك له ، ولو كـــان متعددا ، وهذا يدور بين طرفين فلا يصح .

وقيل يجوز كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين فـــى الابتداء .

الثانى : أن يقارض آخر بإذن المـــــالك لينســـلخ مـــن القارض ويكون فيه وكيلا عن المالك والعــــامل وهـــو الثانى فإنه يصح جزما كما لو قارضه المــــالك بنفســـه ومحله إذا كان المال مما يجوز عليه القراض ، فلو دفـــع ذلك بعد تصرفه وصيرورته عرضا لم يجز [٢]

---

(١) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٤ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٠٤ .

والذى أرى نفسى تميل إليه وأرجحه هو الـــرأى الأول وذلك لما يلى : -

١ - لأن رب المال هو صاحب التصرف فى ماله مـــن غير منازع فإذا إذن له أن يضــــارب غـــيره فقـــد تصرف فى موضوع ولايته وخصوصا أنه يجوز له أن يعامل اثنين من البداية .

٢ - قول فقهاء الشافعية أن القراض يدور بين عـــاملين فلا يصح محل نظر ، ولأن المضارب له وجه ملـك فى مال وهو ملك التصرف فصح بهذا الاعتبار مــن جهة ، بإذن رب المال من جهة أخرى أن يضــــارب مضاربا آخر .

٣ - مبنى العمل فى المضاربة علــــى الأمانـــة ، زرب المال قد يثق فى الأول دون غيره ، فلابد مـــن إذن صريح وقد وجد فى حق الثانى فيجوز . والله أعلم .

الأمر الثانى : ما مدى مشاركة العامل الأول فى الربـــح بعد الإذن من رب المال بالمضاربة ؟

بالبحث فى حكم مشاركة المضـــارب الأول فـــى الربح بعد أن أذن له صاحب المال بالمضاربة ظهر لـــى

أن ثمة اختلاف بين الفقهاء ، ومرده إلى رأيين وبيانـهما فيما يلى : -

الرأى الأول : ذهب فقهاء المالكيـة [١] ، والشافعية [٢]

والحنابلة [٣] إلى القول : بـأن المضـارب الأول لا يستحق شيئا من الربح لأنه لم يعمل شيئا . وهذه بعـض نصوصهم التى تثبت رأيهم فى هذه المسألة .

قال الدسوقى : " إن عامل القراض إذا دفع المـال لعامل آخر قراضا بغير إذن رب المال ، فإن حصـل تلف أو خسر فالضمان من العـامل الأول وإن حصـل ربح فلا شىء للعامل الأول من الربح وإنما حصل ربـح فلاشىء للعامل الأول من الربح وإنما الربـح للعـامل الثانى ورب المال ، ثم ذكر العلة فقال : لأن القـراض من جعل لا يستحق إلا بتمام العمل والعـامل الأول لـم يعمل فلا ربح له " وهذه علة عامة تنطبق علـى حالـة

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٣ ص٥٢٦ ، الخرشى جـ٢ ص٢١٤ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٤ ، نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٢٩ ، المهذب للشيرازى جـ١ ص٣٩٣ .

(٣) المغنى جـ٥ ص١٦١ ، ١٦٢ .

الإذن وعدمه من رب المال ، والفرق بين الإذن وعدمه هو الضمان ، والعامل لا يضمن إلا إذا أفراط وتعدى والإ فلا وقال صاحب مغنى المحتاج [١] : " لو قارض العامل " شخصا " آخر بإذن المالك يشاركه " فى العمل والربح " لم يجز فى الأصح لأن القراض على خلاف القياس ، وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكا لا عمل له ، والآخر عاملا ولو متعدد إلا ملك له وهذا يدور بين عاملين فلا يصح ، والثانى يجوز كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين فى الابتداء " [٢]

وقال الرملى موضحا ذلك : " ومحل المنع بالنسبة للثانى ، أما الأول فالقراض باق فى حقه ، فإن تصرف الثانى ، أما الأول فالقراض باق فى حقه ، فإن تصرف الثانى فله أجره المثل والربح كله للمالك ، ولا شىء للعامل الأول حيث لم يعمل شيئا " [٣]

---

(١) المرج والموضع السابق .

(٢) مغنى المحتاج المرجع السابق .

(٣) نهاية المحتاج المرجع السابق .

والمتأمل فى النصين السابقين يلاحظ أن فقهاء الشافعية اختلفوا فيما بينهم فى الحكم إلا أنهم رجحوا عدم جواز ذلك أى عدم المشاركة فى العمل والربح لكن إذا وقع ذلك وتصرف الثانى فإن الربح كله للمالك ، وللعامل الثانى أجره مثله لفساد القراض ، ولا شىء للعامل الأول لأنه لم يعمل شيئا ، ولو عمل الأول مع الثانى فإنهما يشتركان فى أجرة المثل ، ويكون الربح جميعه لرب المال .

ويلاحظ أيضا أن حرمان المضارب الأول من الربح ليس محل اتفاق فى المذهب الشافعى ، ففى القديم قال المزنى : " لرب المال نصف الربح ، والنصف الآخر بين العاملين نصفين ، لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف الربح فلم يستحق أكثر منه ، والنصف الثانى بين العاملين لأنهما رضيا أن يكون ما رزق الله بينهما ، الذى رزق الله تعالى هو النصف ، فإن النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك . وفى الجديد : الربح كله للعامل الأول ، للعامل الثانى أجره المثل، لأن العامل الثانى لم يشتر لنفسه ، وإنما اشتراه للأول فكان

الربح له ، وقيل : إن الربح كله للعامل الثانى لنه هـــو المتصرف فصار كالغاصب فى غــير القــراض ، ورد عليهم بأنه لم يشتر لنفسه بل لغيره [١]

الرأى الثانى: ذهب فقهاء الحنفية [٢] إلى القــول بأنــه يجوز للعامل الأول أن يشترك فى العمل والربــح مــع العامل الثانى وعلة ذلك عندهم هى إن عمل المضــارب الثانى قد وقع له فكأنه عمل بنفسه ، كمن استأجر إنســانا على خياطة بدرهم ، فستأجر الأجير من خائطة بنصــف درهم فقد طالب له الفضل لكنهم فرقوا فى كيفية تقســيم الربح بين أمرين : -

الأمر الأول : إذا أطلق رب المــال الربــح فــى عقــد المضاربة ، ولم يضفه إلى المضارب ، بل قال مثــلا : على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا نصفان ، ففــى هذه الحالة يسلم لرب المال وللمضارب الثانى شــرطهما من جميع الربح ، ويطيب للمضارب الأول الفضــل إن وجد .

---

(١) المذهب للشيرزى جـ١ ص٣٩٣ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٢٨ - ٣٦٢٩ .

الأمر الثانى : أن يضيف رب المال إلى المضارب بأن يقول له : ما رزقك الله من ربح فهو بيننا نصفين مثلا ، وفى هذه الحالة يسلم للثانى جميع ما شرط له من الربح ، وما شرط للمضارب الأول من الربح يكون بنية وبين رب المال على شرطهما .

والفرق بين الأمرين : أن رب المال فى الأول قد شرط لنفسه من جميع ما رزق الله من الربح أى من كل الربح وفى الثانى قد شرط لنفسه ما يخص المضارب (١) .

والذى يتبين لى بعد ذكر آراء الفقهاء المتباينة أن العامل الأول إذا دفع المال مقارضة لآخر بإذن المالك للمال من غير أن يشاركه فى العمل فلا نصيب له من الربح لأنه لم يملك مالا ، ولم يؤدى عمل ، ومن ثم فلا ضمان عليه : لأنه لا يكون على العامل فى القراض إلا فى حالة التفريط أو التعدى ، وهنا لا يوجد شىء من ذلك لأنه تصرف بأمر رب المال فلم يكن منه عدوان .

---

(١) المرجع السابق نفس الموضع .

وهذا ما أميل إليه وهو موافق للرأى الأول أمـــا ما رآه فقهاء الحنفية فهو محل نظر ، لأن العامل الثـانى ليس وكيلا عن العامل الأول فى التصرفات بل انه عامل مستقل يتصرف لحسابه الشخصى وله حـــق التصـــرف فيما يتعلق بالتجارة وملحقاتها من غـــير رجـــوع إلـــى العامل الأول أو استئذانه .

أما إذا قدم المال مقارضة لآخر على أن يشاركه فى العمل والربح من إذن رب المـــال فـــلا بـــأس أن يشاركه فى الربح وذلك لأنه وجد منه سبب الاســـتحقاق فى الربح وهو العمل والأساس الذى يوزع عليه الربـــح فى هذه الحالة وما رآه فقهاء الحنفية كما سبق بيانه .

الأمر الثالث : ما مدى جواز المشاركة بمال المقارضـــة ؟

للجواب عن هذه المسألة وجـــد رأيـــان للفقـــهاء ومضمونه ما يلى : -

الرأى الأول : - ذهب فقهاء الحنفية [١] والحنابلـــة إلى القول بأنه يجوز للمضـــارب أن يشـــارك بـــأموال

---

(١) حاشية ابن عابدين جـــ٥ ص٦٤٦ .

المضاربة وعللوا ذلك بقولهم : المشاركة من التصرفات التى يملكها المضارب إذ قيل له أعمل برأيك .

قال ابن عابدين : " وقسم لا يملك بمطلق العقد ، بل إذا قيل له أعمل برأيك ، كدفع المال إلى غيره مضاربة أو شركة أو خلط ماله بماله أو مال غيره " (١)

وقال ابن قدامه : " وهكذا القول فى المشاركة ليس له فعلها إلا أن يقول له إعمل برأيك فيملكها (٣)

الرأى الثانى : – قال فقهاء المالكية (٤) لا يجوز للعامل أن يشارك بأمواله المضاربة إلا بإذن من رب المال .

ووجه قولهم : إنها من التصرفات التى لابد فيها من إذن رب المال ، ومن ثم فبدون الإذن لا يملكها .(٥)

---

(١) حاشية ابن عابدين : المرجع السابق نفس الموضع .

(٣) المغنى : المرجع السابق .

(٤) المدونة للإمام مالك جـ٥ ص١٠٣ – ١٠٤ .

(٥) المرجع السابق .

قال صاحب المدونة : " وكذلك أيضـــا لا يجـــوز بالعامل أن يشارك بالقراض إلا بأمر رب المال [١]

والذى أرى نفسى تميل إليه هو رأى فقهاء الحنفية والحنابلة لأن المضـــــارب يملـــك المشـــاركة بـــأموال المضاربة إذا قال له رب المال أعمل برأيك ، لأنه بـــهذا القول فوض الأمر إليه ، ومن رأيه المشاركة فلا حـــرج عليه ، وما يحصل عليه العامل من الربح ، يكون بينـــه وبين رب المال على ما اتفق عليه .

الأمر الرابع : حكم خلط مال المقارضة بمال آخر : -

اختلف الفقهاء فى مدى جواز أن يخلط رأس مـــال المضاربة بمال آخر علىَ رأيين : هما : -

الرأى الأول : - ذهب فقهاء الحنفية [٢] ، والحنـــابلة [٣] إلى القول بالجواز

لكن بشرط إذن رب المال .

---

(١) المدونة المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) بدائع الصنائع جـــ٨ ص٣٦٢٥ .

(٣) المغنى لابن قدامه جـــ٥ ص١٦٢ .

الرأى الثانى : ذهب فقهاء المالكيـــة [١] إلـــى القـــول بالجواز مطلقا من غير إذن من رب المال .

التوجيه : علل أصحاب القول الأول رأيهم بقولهم : بأنه يوجب فى مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز إلا بإذنـــه . بل وجعلوه من جملة التصرفات التى يملكها المضارب إذا قال له رب المال إعمل برأيك .[٢]

وعلل فقهاء المالكية ما ذهبـــوا إليـــه فإنـــهم لـــم يشترطوا إذن رب المال أو تفويضه ، لأنه إذا قارضـــه على شرط الخلط فسد القراض ، وضمن العامل . [٣]

والراجح فى هذه المسألة هو رأى فقهاء المالكيـــة القائل بجواز الخلط ، لأنه من التصرفات التى يملكـــها المضارب بحكم العقد ، ولجريان العرف التجارى بذلـــك

وفى الحق أننى أعجب لرأى السادة فقهاء المالكية إنه إذا اشتراط على رب المال ذلك من أول الأمر فسدت

---

(١)الخرشى جـ٦ ص٢١٠ ، المدونة جـ٥ ص١٠٢ - ١٠٣ .

(٢) المرجعين السابقين .

(٣) المرجع السابق .

المضاربة لأن رب المال قد يشترط ذلك تحقيقا لمصلحة له ، وهى الحصول على مزيد من الدعاية لأمواله ، ومن المعروف أن المضارب فى عقد المضاربة أمين ، ولا ضمان عليه إلا بإهمال أو تفريط أو عدوان أو نحو ذلك ، وقد يرى فلا الخلط أيضا فرصة طيبة لاستثمار أمواله ، وعلى كل فالربح يوزع على المالين فيحصل العامل ربح أمواله الخاصة به ، والباقى بينهما على الشرط .

الأمر الرابع : حكم استدانة العامل على المقارضة :

بالبحث تبين لى أن كلمة الفقهاء قد اجتمعت فى حكم هذه المسألة [١] ومضمون اتفاقهم هو : لا يجوز للمضارب أن يشترى للمضارب بأكثر من مال المضارب ، لأن فى ذلك إثبات زيادة فى مالها من غير رضا رب المال ، بل فيه إثبات زيادة ضمان على مالك المال من غير رضاه ، فإن وقع ذلك لم يحصل الزائد لجهة المضاربة ، بل يقع للمضارب لأنه اشترى فى

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٨ ص٣٦١٢ ، الخرشى على خليل جـ٦ ص٢١٠ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٦ ، المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٥٨ .

ذمته لغيره ما لم يأذن له فى شرائه فوقع له ومــــن ثـــم يصير شريكا لصاحب المال بنسبة هذه الزيادة لأن الغنم بالعزم .

قال الكاسانى : " فليس له أن يستدين على مــــال المضاربة ولو استدان لم يجز على المضارب ، ويكــون دينا على المضارب فى ماله " [١]

وفى الخرشى:"إن العامل يشارك رب المال بقية الديــــن المؤجل يقوم بعرض ثم يقوم العرض بنقد فيكون شـريكا بنسبته ، ومحل المشاركة إذا اشترى السلعة لنفسه ، أمــا إذا اشتراها للقراض فيخير رب المال بيــــن أن يكــون شريكا معه أو يدفع له قيمته ويكون جميع مــــا اشــتراه بالحال وبالمؤجل قراضا " [٢] وفى مغنى المحتــاج : " ولا يشترى القراض بأكثر من رأس المال " [٣]

وقال ابن قدامه : " وليس له أن يشترى بأكثر مــن رأس المال لأن الإذن ما تناوله أكثر منه " [٤]

---

(١) البدائع المرجع السابق .

(٢) الخرشى المرجع السابق .

(٣) مغنى المحتاج المرجع السابق .

(٤) المغنى المرجع السابق .

القسم الثالث : ما لا يملكه العامل من التصرفات : -

اتفق الفقهاء على أن المضارب لا يملــك أصــلا شراء الميتة والدم والخمر والخنزير ، وأخذ الربا ونحــو ذلك من الأشياء التى حرمتها شريعة الإسلام ، والعلـــة فى ذلك أن المضاربة تتضمن الإذن بـــالتصرف الــذى يحصل منه الربح وهو لا يتحقق إلا بالشراء والبيـــع ، وهذه الأشياء لا تملك بالشراء فلا يحصل فيها الربـــح ، فغن اشترى شيئا من ذلـــك كـــان مشـــتريا لنفســه لا للمضاربة فإن دفع هل يجوز للمضــــارب أن يضـــارب آخر ؟

فالجواب عن هذا السؤال ، أن الفقهاء اتفقوا علــى القول بأنه يجوز أن يضارب العامل عاملا آخـــر لكـــن بشرط ألا يشغله ذلك عن العمل فى المضاربة الأولــــى فإن كان يشغله عن القراض الأول بحيث يصير ضـــارا به فلا يجوز (١)

---

(١) المغنى جـــ٥ ص١٦٣ ، المقنع جـــ٢ ص١٧٥ ، وشرح منتهى الإدارات جـــ٢ ص٣٣١ ، الخرشى جـــ٦ ص٢١٦ ، المدونة جـــ٥ ص١٠٦ .

قال ابن قدامه : " وإن ضارب لرجل لم يجـز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول " (١)

وعلل ذلك فقال : " ولنا أن المضاربة على الخـط والنماء فإذا فعل ما نمنعه لم يكن لـه ، كمـا لـو أراد التصرف بالعين ، وفاق ما لا ضرر فيه " (٢)

وجاء فى الخرشي : " والمعنى العامل لا يجوز له أن يأخذ قراضا ثانيا من غير رب المال ، وعدم الجـواز إذا كان الثانى يشغله عن العمل فى القـراض الأول لأن رب المال استحق منفعة العامل ، فإن لم يشـغله عـن العمل فيه جاز له أن يأخذ قراضا ثانيا وثالثا (٣)

---

(١) المراجع السابقة نفس المواضع

(٢) المراجع السابقة نفس المواضع

(٣) المراجع السابقة نفس المواضع

المطلب السادس
الربح وشروطه

الربح ركن من أركان عقد المضاربة ، بل هـــو المقصود من هذا العقد ، وعلى ذلك فلابد للربـــح مـــن شروط يلزم توافرها فيه ، حتى يصبح عقد المضاربـــة صالحا لترتب آثاره عليه ، وكذلك أيضا للربح ضوابـــط فى توزيعه بين المستحين له لابد من مراعاتها ضامانـــا لهذا العقد الذى يهدف إلى تنمية المال ، وإنتاج الربـــح . وبناء على ذلك فالحديث هنا يقتضى أن نتكلم فى هـــذا المطلب عن فرعين أساسين : -

الفرع الأول عن شروط الربح الفرع الثانى عن ضوابط توزيع الربح .

الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالربح : -

الربح أحد أركان المضاربة ولابد فيه من توافـــر الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون الربح معلوما .

الشرط الثانى : - أن يكون الربح جزء شائعا .

الشرط الثالث : - أن يكون الربح مشتركا بينهما .

وبعد أن ذكرت الشروط التى يجب مراعاتها فـى الربح إجمالا فى عقد المضاربة ، فستناول كـل شـرط بشىء من الإيضاح وذلك فيما يلى : -

الشرط الأول : أن يكون الربح معلوما : [١]

واشتراط فى الربح أن يكون معلوما فـى عقـد المضاربة ، لأنه لو كان مجهولا يفسد عقد المضاربـة ، لأن جهالة الربح تقضى إلى المنازعة بيـن رب المـال وبين العامل ، وهذا ما تأباه الشريعة الإسلامية ولا تقـره ، وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء ، ولم أجـد لـهم مخالفا ، وإنما اختلفوا فى تحقيقه فى بعـض الصـور وسأذكرها هنا صورتين على سبيل المثال لا الحصر .

الصورة الأولى : -

إذا قال رب المال للعامل : قارضتك والربح بيننـا أو الربح مشترك . فهذه صورة صحيحة باتفـاق [٢] ، ويكون الربح بين رب المال وبين المضارب نصفيـن .

([١]) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٠١ ، الخرشى جـ٦ ص٢٠٣ ، روضة الطالبين جـ٥ ص١٢٣ ، المغنى جـ٥ص١٤٧ ، والمحلى لابن الظاهرى جـ٥ ص١١٦ .

([٢]) البدائع جـ٨ ص٣٦٠١ - ٣٦٠٢ ، الخرشى جـ٢ ص٢٠٦ ، ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٣ ، المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٤٢ - ١٤٣ .

وعلة ذلك أنه إضافة إليهما إضافة لم يترجح فيها أحدهما عن الآخر اقتضى التسوية . قال : " فإن كانوا أكثر مـن ذلك فهم شركاء فى الثلث " [١] ووجه الاسـتدلال مـن الآية الكريمة أنها تدل على التساوى بلا خلاف .

الصورة الثانية : -

إذا قال رب المال للمضارب : قارضتك علـى أن لك فى الربح شركا أو نصيبا . فهل هذه الصورة تعتـبر مضاربة صحيحة أو فاسدة ؟

وللإجابة عن هذا السؤال أقول : -

أختلف الفقهاء فى الجواب عنه على رأيين : وهـا هو البيان .

الرأى الأول : - ذهب فقهاء الشافعية [٢] والحنابلة [٣] والإمام محمد [٤] من فقهاء الحنفية إلى القـول : بـأن المضاربة فى هذه الصورة فاسدة ، وعلة ذلـك عندهـم هى جهالة الربح ، فالشرط غير متحقق ، والجهالة فـى

---

(١)آية رقم (١٢) من سورة النساء .

(٢) روضة الطالبين جـ٥ ص١٢٣ .

(٣) المغنى جـ٥ ص١٤٤ .

(٤) البدائع جـ٨ ص٣٦٠٢ .

الربح تفضى إلى المنازعة ، والشرك أيضا هو التصيب كما قال تعالى : " أم لهم شرك فى السماوات [١] أى نصيب . فقد جعل له نصيبا من الربح ، والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا .

الرأى الثانى : -

ذهب الشيخ أبو يوسف من فقهاء الحنفية [٢] ، والخرشى من فقهاء المالكية [٣] إلى القول بصحة القراض فى هذه الصورة ، إلا أن فقهاء المالكية يقولون بصحة المقارضة فى هذه الحالة إذا كانت هناك عادة يمكن أن يفهم هذا القول فى ضوئها ، ويصبح بها معلوما ، وأما إذا لم تكن عادة فالقراض عندهم فاسد أيضا ، وللعامل حينئذ أجره المثل ، أما والإمام مالك [٤] فقد رد هذه الصورة إلى قراض المثل ، وكأنهما لم يسميا فيها ربحا .

---

(١) أية رقم (٤٠) من سورة فاطر .

(٢) البدائع المرجع السابق .

(٣) الخرشى جـ٦ ص٢٠٦ .

(٤) المدونة جـ٥ ص٩٢٠٩١ .

ووجه هذا القول أن الشرك بمعنى الشركة ، والشركة تقتضى المساواة فيكون الربح بينهما نصفين . قال تعالى : " فهم شركاء فى الثلث " (١) والشرك قد يأتى بمعنى النصيب لكن فى الحمل على الشركة تصحيح للعقد ، فيحمل عليها (٢)

والذى أميل إليه هو أننى أرى ما رآه العلامة الخرشى لأن الهدف هو أن يكون الربح معلوما ، ومن القواعد المقرة أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والعادة محكمة ، فإذا وجدت العادة التى تفسر هذا القول فقد تحقق المقصود ، فلا يكون هناك وجه معتبر للقول ببطلان القراض حينئذ ، لا سيما وأن الأصل هو تصحيح العقود ما أمكن .

الشرط الثانى : أن يكون الربح جزءا شائعا : (٣)

---

(١) آية (١٢) من سورة النساء .

(٢) البدائع : المرجع السابق نفس الموضع .

(٣) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٠٢ ، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٤٨ ، الخرشى جـ٦ ص٢٠٩ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٢ ، روضة الطالبين جـ٥ ص١٢٣ ، المغنى جـ٥ ص١٤٠ .

والمــراد بــهذا الشــرط أن يقــول رب المـــال للمضارب : قارضتك على النصف ، أو الثلث أو الربــع ، أو نحو ذلك مما معلوم وشائع ، أما كونه معلوما فــهو كالثلث من الربح ، وأما كونه شائعا فهو أن مقدار هــذا الثلث غير معلوم قبل العمل ، وقبل الحصول على الربح نتيجة للعمل .

وعلى ذلك فإن شرطا مقدار معينا من الربـــح ، كأن يكون لأحدهما مائة جنيه من الربح أو أكثر أو أقــل ، والباقى للطرف الآخر مثلا ، فسد عقد المضاربة لعدم تحقق الشرط وهو شيوع الربـــح . ووجـــه ذلــك ، أن المضاربة نوع من الشركة فى الربـــح لأحدهمـــا دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف فـــى هــذه الحالة مضاربة . ومما يدل على اتفاق الفقهاء على هــذا الشرط نصوصهم التى وردت فى كتبهم المعتمدة وهـــا هى بعض النماذج .

قال الكاسانى : " ومنها أن يكون المشروط لكـــل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جــزءا شائعا نصفا أو ثلثا أو ربعا وإلا كانت المضاربة فاسدة "

وقال صاحب الدر المختار " [١] وكون الربـــح بينـــهما شائعا "[٢] فلو عين قدرا فسدت .

وقال العدوى فى حاشيته " ولابد أن يكون شائعا . أى لا بقدر معين من ربحه كعشرة دنانير " [٣]

وقال الرملى : " ولو علم لكن بالجزئية كأن شرط لأحدهما عشرة أو ربح صنف كالرقيق أو ربح نصـــف المال ، أو ربح أحد الألفين تميز أم لا فســـد القــراض سواء جعل الباقى للآخر أم بينهما " [٤]

وجاء فى الشرح الكبير : " قال ابـــن المنــذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلـــم علـــى إبطـــال القراض إذا جعل أحدهمـــا أو كلاهمـــا لنفســـه دراهـــم معلومة " [٥] .

وقال ابن قدامه عند ذكر الشروط الفاســـدة فـــى المضاربة " القسم الثانى : ما يعود وبجهالة الربح مثـــل

---

(١) البدائع جـــ٨ ص٣٦٠٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـــ٥ ص٦٤٨ .

(٣) الخرشى على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوى جـــ٦ ص٢٠٣ .

(٤) تحفة المحتاج للرملى جـــ٦ ص٨٩ .

(٥) الشرح الكبير لابن قدامه جـــ٥ ص١١٦ .

أن يشترط المضارب جزءا من الربح مجهولا أو ربـــح أحد الكسبين إلى أن يعد ذكر أمثلة أخرى – فهذه شروط فاسدة " [١]

ومن ثم يظهر لنا اتفاق الفقهاء على هذا الشـــرط ، وإلا فالمضاربة فاسدة .

الشـــرط الثـــالث : أن يكـــون الربـــح مشـــتركا بينهما : –

والمقصود بهذه الشرط أن يحصل رب المال على نصيبه فى الربح بسبب ملكيته لرأس المال ، والمضارب يأخذ نصيبه منه بسبب ضربـــه فـــى الأرض ونشـــاطه التجارى الذى خول إليه ، وعلى هذا لو شرط كل الربح للعامل وحده فقد فسدت المقارضة فى الصحيـــح عـــن الشافعية [٢] .

ويكون للعامل فى هذه الحالة أجرة المثل ، وعلـــة ذلك عندهم أن المضاربة شركة فى الربح فشرط قطـــع

---

(١)المغنى له أيضا جـــ٥ ص١٨٦ – ١٨٧ .

(٢) مغنى المحتاج ص٣١٢ .

الشركة فيها شرطا فاسدا ، بينما فرق فقهاء الحنابلة (١) بين ما إذا قال له : خذ هذا المال فاتجر به وربحه كلــه لك

فهذا قرض عندهم وليس فقـــراض ، لأن اللفــظ يصلح لهما وقد قرن به القرض فانصرف إليه

أما لو قال له : خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك فقد فسدت المضاربة لأنها تقتضى كون الربح بينــهما . فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد ففسد . والفرق بين الأمرين : أنـــه فـــى الأول لم يصرح بلفظ المضاربة فكان اللفظ صالحا لمـــا أثبت له حكمه من القرض . وأما فى الأمر الثانى : فقـد صرح فيها بلفظ المضاربة فلم يكن مثل الأول .

أما فقهاء المالكية (٢) ، والحنفية (٣) فقد قـــالوا بصحة هذه الصورة على أساس أن ذلك من باب التـبرع ، ويكون إطلاق القراض عليه من باب المجاز ، والعبرة

---

(١) المغنى جـ٥ ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٢) الخرشى على خليل جـ٦ ص٢٠٩ .

(٣) البائع جـ٨ ص٣٦٠٤ ، ويراجع فى هذا الشرط أيضا روضة الطالبين جـ٥ ص١٢٢ ، والمقنع جـ٢ ص١٧٢ .

فى العقود للمعانى وأرجح هنا ما ذهـــب إليــه فقــهاء المالكية والحنفية لأتنافى الواقع أمام قــرض ، والعــبرة للمعانى فى العقود لا للألفاظ والمبانى .

ما الحكم لو شرط رب المال أن الربح له كله ؟

وصف فقهاء الحنفية [١] هذه الصـــورة بأنــها إبضاع وليست قراضا ، لأنه إبضاع حقيقة والعبرة فـــى العقود للمعانى إلا أن فقهاء المالكية [٢]

أجازوها على أساس أنها من باب الإحسان والتبرع .

وأما فقهاء الشافعية [٣] فوجد فى مذهبهم رأيان : الأول : هذه الصورة من باب القراض الفاسد . والثــانى : هى من باب الإيضاع كما قال فقهاء الحنفية .

وفرق فقهاء الحنابلة [٤] فى هذه الصورة بين ما إذا كان ذلك بلفظ القراض فهو فاسد . وبين ما لو قـــال رب المال للمضارب : خذه واتجر فيه ، والربح كله لـــى

---

(١) البدائع جـ٨ ص٣٦٠٤ .

(٢) الخرشى على خليل جـ٦ ص٣٦٠٤ .

(٣) روضة الطالبين جـ٥ ص١٢٢ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٢ .

(٤) المغنى جـ٥ ص١٤٤ - ١٤٥ .

فهو إيضاع صحيح لأن التعبير يحتمل ذلك فـــانصرف إلى ما يدل علية حقيقة .

والذى أرجحه هنا هو ما رآه الأحناف والمالكيـــة للعلة المذكورة فى الصورة السابقة مما يغنى عن إعادتها هنا . والله أعلم .

الفرع الثانى : ضوابط توزيع الربح : -

الربح هو ثمرة العمل فى عقد المضاربة ، بل هو المقصود الأصلى من هذا العقد ، ومن ثم لابد لـــه مـــن ضوابط تضبطه وأحكام تحكمه وسأتكلم عن أهم ضوابط توزيع الربح فى هذا العقد فيما يلى : -

الضابط الأول : الربح على مـــا اتفقـــا عليـــه ، والخسارة على المالك للمال : -

وعلى أساس هذا الضابط لو شـــرط رب المـــال على المضارب أن يتحمل فى الوضيعة ، فالشرط فاســـد ، بلا خلاف بين أهل العلم ، وهذا واضح مـــن خـــلال النصوص الموجودة فى كتب الفقه الخاصـــة بـــالمذاهب المختلفة وهذه بعض النماذج لما ذكر فى كتبهم .

قال الكاسانى : (ولو شرطا فى العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط ، والمضاربة صحيحة "(١)

وقال ابن قدامه : " والربح على ما اصطلحا عليه ، يعنى فى جميع أقسام الشركة ، ولا خلاف فى ذلك فى المضاربة المحضة .

قال ابن المنذر : " أجمع أهـــل العلـــم علـــى أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفـــه أو ما يجمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا مـــن أجزاء ولأن استحقاق المضارب الربح بعملة فجاز مــــا يتفقان عليه من قليل أو كثير " (٢)

وقال فى موضع آخر " والوضعية فى المضاربـــة على المال خاصة ليس على العامل منـــها شـــىء ، لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختـــــص بملك ربه ، ولاشىء للعامل فيه فيكون نقصه من مالـــــه دون غيره ، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء " (٣)

---

(١) بدائع الصنائع جـــ٨ ص٣٦٠٢ ، حاشية ابن عابدين جـــ٥ ص٦٤٨ ، نتائج الأفكار لقاضى راده جـــ٨ ص٤٥١ .

(٢) المغنى لابن قدامه جـــ٥ ص١٤٠ .

(٣) المغنى : المرجع السابق جـــ٥ ص١٤٨ ، ص١٨٧ .

وقال ابن حزم : " ولا ضمان على العامل فيما تلف من المال – ولا تلف كله – ولا فيما خسر فيه ، ولا شيء له على رب المال إلا أن يتعدى أو يضيع فيضمن " (١)

الضابط الثانى : هلى يستحق المضارب شيئا من الربح قبل تسليم رأس المال إلى صاحبة ؟

بالبحث تبين أن العامل لا يستحق من الربح شيء حتى يستوفى رأس المال المضاربة ، فإن كان ثمة من ربح أو خسارة فإن الخسارة تجبر من الربح وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح لأنه تبع ، وهذا الحكم محل اتفاق بين الفقهاء (٢)

قال ابن عابدين " وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح لأنه تبع ، فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن ولو فاسدة من عمله لأنه أمين " (٣)

---

(١) المحلى جـ٩ ص١١٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٥٦ ، الخرشى جـ٦ ص٢١٦ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٨ ، المغنى جـ٥ ص١٦٩ ، والأنصاف للمرادى جـ٥ ٤٤٣٠ ، المقنع جـ٢ ص١٧٨

(٣) المرجعين والموضعين السابقين .

وجاء فى الخرشى : " وجبر خسرة وما تلف وإن قبل عمله إلا أن يقبض يعنى إن ربح المال يجبر خسوه وما تلف منه التلف بأمر سماوى قبل العمل فيه ما دام المال تحت يد العامل بالعقد الأول " (١)

وقال صاحب مغنى المحتاج:" والنقض الحاصل بالرخص محسوب من الربح ما أمكن ومجبور به ،كذا لو تلف بعضه بآفة أو غصب أو سرقة بعد تصرف العامل فى الأصح"(٢)

وقال ابن قدامه : " وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال "

يعنى أنه لا يستحق أخذ شىء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه ، ومتى كان فى المال خسران والربح فى مرة واحدة أو الخسران فى صفقة والربح فى أخرى ، أو أحدهما فى سفره والآخر فى أخرى ، معنى

---

(١) المرجعين والموضعين السابقين .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٨ .

الربح هو الفاضل عن رأس المال ، وما لم يفضل فليس بربح و لا نعلم فى هذا خلافا .[١]

الضابط الثالث : ما مدى ملكية العامل للربح بمجرد ظهوره ؟

بالبحث تبين أنه وجد خلاف بين الفقهاء فى حكم هذه الصورة وبيانه فيما يلى : -

الرأى الأول : ذهب فقهاء الحنفية [٢] ، وفى رواية فى المذهب الحنبلى [٣] وفى رواية فى المذهب الشافعى [٤] إلى القول بأن المضارب يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره أى قبل القسمة

الرأى الثانى : ذهب فقهاء المالكية [٥] وفى الرواية الأخرى عند الحنابلة [٦] وهو القول الآخر فى المذهب

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ٥ ص١٦٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٣١ ، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٥١ .

(٣) الانصاف جـ٥ ص٤٤٥ ، الشرح الكبير لابن قدامه جـ٥ ص١٦٦ .

(٤) مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٨

(٥) الخرشى جـ٦ ص٢٢٣ .

(٦) المرجعين والموضعين السابقين .

الشافعى [١] إلى القول بأن العامل لا يملك نصيبه مـــن الربح إلا بالقسمة .

التوجيه : ووجه أصحاب الرأى الأول ما ذهبـــوا إليــه بقولهم : إن المضارب يملك الربح بمجرد ظهوره قياسـا على المساقاة . وأيضا فـــإن الشـــرط صحيـــح فيثبـــت بمقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فـــإذا وجـــد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصتـــه من الثمرة بظهورها ، وقياسا على كل شرط صحيح فى عقد ، لأنه مملوك ولابد له من مالك ، ورب المـــال لا يملكه اتفاقا ، ولا تثبت أحكاما الملك فى حقه فلـــزم أن يكون للمضارب ، ولأنه يملك المطالبة بالقســمة فكــان مالكا كأحد شريكى العنان .

ولا يمتنع أن يملكه ويكون وقاية لــــرأس المـــال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنـــع اختصاصـــه بربحه ، ولأنه لو اختص بربحه لا ستحق مـــن الربـــح أكثر مما شرط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه

---

(١) المرجع السابق نفس الموضع .

ووجه أصحاب الرأى الثانى ما ذهبوا إليه بقولـــهم : إنه لو ملكه لاختص بربحه ولوجب أن يكون شـــريكا لرب المال كشريكى العنان [١]. وكذلك أيضا لو ملك به لكان شريكا فى المال حتى لو هلك منه بشىء هلك من الماليين وليس كذلــك بــل الربــح وقايــة لــرأس المال [٢]والقراض عند فقهاء المالكية كالجعل لا يستحق إلا بتمام العمل .[٣]

والذى يظهر لى بعد هذا العرض أن المضارب له نوع ملك على نصيبه من الربح ظهوره ، ولكنه ملــــك ناقص بل كونه له نوع ملكية لربحـــه ، فــلأن انتـــهاء مملوك ، لابد له من مالك ، ورب المال لا يملكه ، فلزم أن يكون المالك له هو أى المضـــــارب ، وأيضـــا لـــه المطالبة بالقسمة فى أى وقت لإفراز نصيبه من الربــــح وتميزه به فثبت كونه مالكا له .

---

(١)الشرح الكبير المرجع السابق .

(٢) مغنى المحتاج : المرجع السابق .

(٣) الخرشى : المرجع السابق .

وأما كون ملكه للربح ناقصا فهذا مـــا تقتضيـــه ماهية هذا العقد وضوابط توزيع الربح الذى تحكمـــه . فالمضارب وإن كان له نوع ملك فى الربح إلا أنه ليـس شريكا فى المال ، بل يظل المضارب مضاربا وصاحب رأس المال مالكا ، ويكون الربح باقيا وقاية لرأس المـال حتى تصفى أعمال المضاربة ، ولا يملك المضـــارب التصرف فى نصيبه من الربح بمجرد ظهوره لاحتمـــال الزيادة أو النقصان بما قد يطرأ من ربح أو خسارة ذلـك لأن القاعدة الشرعية فى عقد المضاربة أن يبقى الربـــح وقاية لرأس المال ما بقيت المضاربة .

ولكن مـــن حيــث الواقــع العملـــى لا يحصــل المضارب على خطة من الربح بالقسمة ، ولا قســمة إلا بإذن رب المال أو حضوره .

قال صاحب الموطأ : " قال : لا ينبغى لـــه – أى للعامل – أن يأخذ مـــــنه شــيئا فهـــو لــــه ضـــامن حتى يحسب مـــع المـــال إذا اقتسماه " (١)

---

(١) الموطأ للأمام مالك جـ٣ ص٣٥٩ .

وفى موضع آخر منه قال : " لا تجـــوز قســـمة الربح إلا بحضرة صاحب المال رأس ماله ثم يقتســـمان ما بقى بينهما على شرطهما " (١)

وقال ابن رشد : " وأجمع علماء الأمصار علـــى أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبـــــه مـــن الربـــح إلا بحضرة رب المال ، وإن حضور رب المال شرط فـــى قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفى فـــى ذلك أن يقسمه بحضور بينه ولا غيرها " (٢)

وقال ابن قدامه الحنبلى : " وجملته أن الربـــح إذا ظهر فى المضاربة لم يجز بين أهل العلم خلافا ، وإنمـــا لم يملك ذلك لأمور ثلاثة : -

الأول: إن صاحب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه

الثانى : إن الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخســـران الذى

يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلـــك عـــن أن يكون ربحا **الثالث** : إن ملكه عليه غير مســـــتقر لأنـــه

---

(١) الموطأ جـ٣ ص٣٦٠ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص٢٤١ .

يعرض أن يخرج عن يده يجبر أن خسارة المـــال وإن أذن رب المال فى أخذ شىء جاز لأن الحـــق لـــهما لا يخرج عنهما .

الضابط الرابع : هل يجوز قسمة الربح مـــع اســـتمرار المقارضة ؟

اختلف الفقهاء فيما بينهم فى الجـــواب عـــن هـــذا السؤال إلى رأيين

أساسيين وبيانهما فيما يلى : -

الرأى الأول : ذهب فقهاء الحنفية .(١) ، والمالكية (٢) ، إلى القول بعدم صحة وجواز قسمة الربح قبـــل المفاصلة واستيفاء رب المال لرأس مالـــه ، بـــل أدعى ابن رشد أن هذا مما لاخلاف فيه (٣)

قال الكاسانى : " وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال . ثـــم

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٥٢ .

(٢) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٤٠ ، الخرشى جـ٢ ص٢٢٣ .

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص٢٤٠ .

قال : ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال . " (١)

فدل هذا النص على أن قسمة الربح لاتصح قبل قبض رأس المال ولأن الربح زيادة ، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل ، ولأن المال إذا بقى فى يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الأصل فهذا لا يجوز (٢) وقال ابن رشد : " ولا خلاف بينهم أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينص جميع رأس المال ، وينوب على التنصيص قسمة العروض إذا تراضوا على ذلك وتكون بيعا " (٣) وقال الخرشى : " وتجوز قسمة العروض إذا تراضوا عليها وتكون بيعا " (٤) وعلى ذلك فالعبرة عند السادة المالكية بالتصفية النهائية لعقد المقارضة ، ولأن بها تعرف

---

(١) المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) البدائع المرجع السابق نفس الموضع .

(٣) بداية المجتهد نفس الموضع .

(٤) الخرشى على خليل ج٦ ص٢٢٣

سلامة رأس المال وبها يتميز الربح ، وفى هذه الحالـــة يقسم بلا خوف من شيء .

الرأى الثانى :

ذهب فقهاء الشافعية [١] والحنابلة [٢] إلى القـول بأنه يجوز قسمة الربح قبل المفاصلة لكـــن يشـــترط أن يرضى رب المال والمضارب بذلك ، لأن المنـــع كـــان لحقهما ، فإن تراضيا على ذلك جاز ، ولكن ملك العامل لا يستقر بهذه القسمة بحيث لو خسر بعد القسمة ألـــزم جبران ذلك بالربح المقســـوم لكـــن لـــو رضـــى أحـــد المتعاقدين بالقسم ولم يرضى الآخر فالقول هنـــا قـــول الممتنع .

وجاز ابن حزم له أن يتقاسما كل ربح ربحاه أولا بأول إلا أنه رأى أن ملكها يستقر هذه القســـمة ، فـــلا يسقط أحد منه ولو حدث خسر بعد ذلك ، لأنهما علـــى ذلك تعاملا [٣]

---

(١) المهذب للشيرازى جـ١ ص٣٨٧ .

(٢) المغنى جـ٥ ص١٧٨ ، ١٧٩ .

(٣) المحلى لابن حزم جـ٩ ص١١٨ .

وقال ابن قدامه : " وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، وأبى الأخر قدم قول الممتنع لأنــه إن كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران فــى رأس مالــه فيجيره بالربح وإن كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ فى وقت لا يقدر عليه ، وإن تراضيا على ذلــك جاز لأن حق لهما ثم وجه ذلك فقال : " ولنا على جـواز القسمة أن المال مالها فجاز لهما أن يتقاسما بعضة كـــا الشريكين أو نقول انهما شريكان فجاز لهما قسمة الربـح قبل المفاصلة كشريكى العنان " (١)

وفال الشيرازى :" وإن طلب أحــد المتقــارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لأنــه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره ، لأنه يقـــول : الربــح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لى رأس المــال ، وإن كان الذى يمتنع هو العامل لم يجز إجباره لأنـــــه يقول : لا نأمن أن نخسر فنحتاج نرد ما أخذنـــاه . وإن تقاسما جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا ، فإن حصـــل

(١) المغنى المرجع السابق .

بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه لرأس المال " (١)

والذى يظهر لى بعد عرض الرأيين السابقين هو أننى أميل ، بل أرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى من القول بجواز قسمة الربح بصورة مبدئية مع استمرار عقد المضاربة وذلك للأمور الآتية : -

الأول : إن المنع من القسمة كان لحقهما ، وحماية لمصالحهما فإذا اتفقا على قسمته فلا إثم عليهما فى ذلك .

الثانى : قد يحتاج العامل إلى ربحه أو جزء منه لينفقه على نفسه أو من يعول ، وقد تكون أعمال المضاربة متشابكة ومعقدة وقد يتعذر تصفية أعمال المضاربة كلما أحتاج إلى مقدار من الربح يدير به مصالحه وشؤونه وهذا اعتبار عملى واجتماعى ، بل هو إنسانى ، والشريعة الغراء لا تأبى ذلك ، وإذ من أهدافها تحقيق المصالح المعتبرة للعباد .

---

(١) المهذب : المرجع السابق .

الثالث : قد يحتاج أيضا رب المال إلى جزء من الربح لكى ينفقه فى مصالحه أيضا ، وتصفية العقد قد يحتاج إلى وقت طويل والظروف لا تسمح بذلك ، وهو أيضا لا يريد أن ينهى المقارضة ، ولا يأخذ من أصل المال شيئا لينفقه حتى لا تتأثر عمليه التنمية .

الرابع : لا تعارض بين كون رأس المال وقاية ، وبين توزيع الربح بهذه الصورة لأنها قسمة مبدئية وليست نهائية ، فإذا حدث بعدها خسران لا قدر الله فإنها تجبر بالربح المقسوم .

الضابط الخامس : بم يستقر ملك المضارب لحظه من الربح ؟

اتفقت كلمة الفقهاء على أن المضارب يستقر ملكة لحظه من الربح بعد استيفاء رب المال لرأس مال المضاربة [١]

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٥٢-٣٦٥٣ ، المغنى جـ٥ ص١٧٦ ، بداية المجتهد جـ٢ ص٢٤٠ .

وقال الشافعية : يستقر ملكه للربـــح بتنصيــص المال وفسخ العقد ، ولو لم يقتسما المال ، وذلك لارتفاع العقد والوثوق بحصول رأس المال [١]

بينما قال فقهاء الحنابلة : بأنه يغنى عن القبــض أن يحتسبا حسابا كالقبض ، وذلـــك بتنصيــص المــال وإحضاره لربه بحيث إن شـــاء قبضـــه ، فإنـــه أمـــره بالمضاربة فى هذه الحالة فهو ابتداء مضاربة ثانية كمــا قبضها منه ثم ردها إليه . [٢]

<u>الضابط السادس</u> : هل نفقة المضارب فـــى رأس مال المضاربة أم فى ماله الخاص ؟

بالتأمل فى أقوال الفقهاء فى الجواب عـــن هــذه الصورة ظهر لى أن لهم فـــى الجــواب ثلاثـــة آراء ، وبيانها فيما يلى :

<u>الرأى الأول</u> : –

([١]) مغنى المحتاج جـــ٢ ص٣١٨ .

([٢]) المغنى : المرجع السابق نفس الموضع .

ذهب فقهاء الحنفية (١) ، والمالكية (٢) إلى القول بالتفرقة بين ما إذا كان الإنفاق فى السفر أم فى الحضـو فأجازوا نفقة المضارب من مالها فى الحضر وجعلوهـا فى ماله الخاص . إلا أن فقهاء المالكية اشترطوا للنفقـة فى مال المقارضة أن يكون المال ذا بال أى محتملا لـها ، ومن ثم فلا نفقة فى المال القليل عندهم ، ولمعرفة مـا إذا كان المال محتملا للنفقة أم لا يرجع إلـى العـرف التجارى ، والعادة المطردة ، والاجتهاد ، وذلـك لعـدم وجود نص يحكم هذا الأمر . (٣)

وعلى ذلك ، إذا سافر المضارب فلـه أن ينفـق بالمعروف جميع نفقته من مال المضاربة مدة سـفره ، ومدة إقامته ببلد يتجر فيه إلى أن يرجع إلى بلده .

أما إذا كان مقيما فى الحضر فلا يستحق النفقـة ، لأن إقامته فيه لم تكن لأجل المال ، فقد كان مقيما قبـل

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٤٧ .

(٢) الخرشى جـ٦ ص٢١٧ ، المدونة جـ٥ ص٩٢ .

(٣) المراجع والمواضع السابقة .

ذلك فإن له أهل فى البلد الذى سافر إليه وسقطت نفقتـــه من وقت دخوله فيه لأنه قد صار مقيما بذلك (١)

الرأى الثانى : -

اتفق فقهاء الشافعية فيما بينهم على أنـــه لا نفقـــة للمضارب من مال المضاربة فى الحضر . واختلفوا فى حكم النفقة من مالها فى الحضر على رأيين :

الأول : لا نفقة له كذلك . الثـــانى : إنـــه ينفـــق منـــه بالمعروف والذين قالوا بجواز الانفاق فى مال المضاربة اختلفوا فى قدرها على وجهين : -

الوجه الأول : إنها جميع ما يحتاج إليه لأن من لزمـــه نفقة غيره لزمه جميع نفقته

الوجه الثانى : ما يزيد على نفقة الحضر لأن النفقة إنما لزمته لأجل السفر فلم يلزمه إلا ما زاد بالسفر (٢)

الرأى الثالث

ذهب فقهاء الحنابلة إلـــى القـــول بأنـــه لا نفقـــة للمضارب فى مال المضاربة إلا بشرط ، فإنه شرطها له

---

(١) المراجع والمواضع السابقة .

(٢) مغنى المحتاج جـــ٢ ص٣١٧ ، المهذب جـــ١ ص٣٨٧ .

وأطلق فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف [١]ومن المعلوم أن من قال بالنفقة اتفقوا على أنها تكون أولا من الربح ، وإن لم يكن فمن رأس المال .

وبعد استعراض آراء الفقهاء فى هذه المسألة يبدو لى رجحان ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ، والمالكية مـــن القول باستحقاق المضارب للنفقة فى السفر دون الحضــو ، لأنه قلما يوجد بل هو نادر – شخص ينفق من مالــــه الخاص فى سفره بمال المضاربة انتظارا لربـــح مـــن العمليات التجارية قد يتحقق وقد لا يتحقـــق وحتـــى لا يمتنع الناس عن قبول المقارضات كان لابد من اعتبـــار الانفاق من مال المضاربة فى السفر من غير تقتـــير أو إسراف ، وبحكم العادة والعرف المتبعان فى ذلـك . لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا . والله أعلم .

---

(١) الإنصاف جــ٥ ص٤٤٠ ، المحرر لأبى البركات جــ١ ص٣٥٢ ، المغنى لابن قدامه جــ٥ ص١٥٣ .

المطلب السابع

الصيغة

المراد بالصيغة هى الألفاظ التى وضعت للدلالـــه على إنشاء عقد المضاربة أو كل لفظ يؤدى ويفهم منـــه معنى المضاربة او القراض ، لان العبرة فـــى العقــود للمعانى وليست للألفاظ والمبانى .

ومن هنا قال الكاسانى : " وإما ركن المضاربـة ، فالإيجاب والقبول ، وذلك بألفاظ تدل عليهما ، فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة ، وما يؤدى معانى هـــذه الألفاظ .. إلى أن قال " والعبرة فى العقود لمعانيـــها لا لصور الألفاظ ، حتى ينعقد البيع بلفـــظ والتمليـــك بـــلا خلاف ، وينعقد النكاح بلفظ البيـــع والهبـــة والتمليـــك عندنا " (١)

وقال الشيرازى : " وينعقد بلفظ القراض : لانــــه لفـــظ موضوع له فى لغة أهل الحجاز ، وبلفظ المضاربــــة ،

---

(١) بدائع الصنائع جـــ٨ ص ٣٥٨٨ - ٣٥٨٩

لانه موضوع له فى لغة أهل العراق ، وبما يؤدى معناه لانه المقصود هو المعنى فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك

وقال ابن قدامة : " إذا ثبت هـــذا فإنـــها تنعقـــد بلفـــظ المضاربة والقراض لانهما لفظان موضوعان لـــها ، أو بما يؤدى معناها لان المقصود المعنى فجاز بم يدل عليه كلفظ التمليك فى البيع (١)

وعلى أساس ذكر هذه النصوص تنعقد المضاربـــة بلفظ القراض لانه لفظ موضوع له فى لغة أهل الحجـــاز . وأيضا تنعقد المضاربة بلفظ المضاربة لانه موضـــوع له فى لغة أهل العراق . وبكل لفظ يـــؤدى معنـــاه لان المقصود من العقود هو حقائقها لا صورها . وبناء على ذلك لو قال " أ " ل" ب " قارضتك ، أو ضاربتك علـــى أن تعمل قارضة ، أو مضاربة بمبلغ عشرة آلاف جنيه على أن يكون الربح بيننا مناصفة ، فقال " ب " قبلـــت انعقدت المضاربة . ثم إذا توفرت شـــروطها الأخـــرى

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٥ ص ١٣٦

صحت وترتبت عليها آثارها ، ثم إحكامها التـــى ســـبق ذكرها – والله اعلم

المطلب الثامن

الضمان وما يتعلق به فى عقد المضاربة

توطئة : –

من المعلوم أن أحكام الفقه الإســـلامى لا تجعـــل تبعة الضمان فى عقد المضاربة على المضارب ، لانـــه آمين ولاضمان عليه . هذه هى القاعدة فى هذا العقـــد ، ولكن الشريعة الإسلامية تحمله تبعة الضمان فى حـــالتين : هما : –

الحالة الاولى : فى حالة الإهمال أو التفريط .

الحالة الثانية : فى حالة الاعتداء الصادر من العـــامل على راس المال

والمضارب هنا مثله مثل سائر الأمناء لاضمـــان عليه إلا فى الحالتين السابقتين أما نوائب الدهر وغيرهـــا من الكوارث غير المتوقعة ولم تكن بسبب إهمال العامل أو تعديه ، فأن مسئوليتها تكون على رب المال وحـــده ،

ولا تبعه على المضارب . وعلى ذلك فقضية الضمـــان فى هذا العقد من القضايا المعقـــدة ، ذلـــك لان بعـــض الباحثين فى هذا العصر حاولوا تنظيم أعمال المصـــارف الإسلامية على أساس عقد المضاربة فى الفقه الإســلامى . رغبة منهم فى ملاحقة البنوك الربويـــة التـــى تقـــدم للمستثمرين الضمان الكامل لاموالهم بالإضافة إلى مـــا تعطيه لهم من فوائد ربوته ثابتـــة . فـــبرزت مشـــكلة الضمان الشائكة واعتبرت مشكلة فقهيه لابد لها من حـــل شرعى يساهم فى حل مشكلة الضمان هذه ، وســـأبحث بمشيئة الله تعالى لحل لمشكلة الضمان من خلال الفقـــه الإسلامى وهل هى موضوع اتفاق ام خلاف كما سيتبين ذلك فى دراسة هاتين المسألتين .

المسألة الاولى : تبعة الضمان فى المقارضة : -

بالبحث فى مدى ضمان المضـــارب فـــى عقـــد المضاربة ظهر لى أن الفقـــهاء قـــد اتفقـــوا علـــى إن المضارب لا يضمن شيئا إلا إذا فرط او تعدى . والعلـــه

فى عدم الضمان أن يد العامل يد أميـــن . والقـــاعدة أن الآمين لا يضمن إلا بتفريط او عدوان [١]

وإذا اشترط رب المال على العـــامل فـــى عقـــد المضاربة الضمان فلا خلاف بين أهل العلم فى فســـاد هذا الشرط وعدم الاعتداد به [٢]

لكن ما حكم عقد المضاربة المشتمل على مثل هذا الشرط الفاسد ، وهل هو عقد فاسد ، إما هو عقد صحيح ؟

اختلف الفقهاء فى الجواب عن هذا السؤال إلـــى رأيين بيانهم ما يلى : -

الرأى الأول : -

ذهب فقهاء الحنفية[٣] ، والحنابلة [٤] إلى القول بصحـــة عقد المضاربة الذى اشتمل على هذا الشـــرط الفاســد . ووجه عدم الفساد عندهم هو أن هذا العقد على الرغـــم من اشتماله على شرط فاسد ، إلا انه لا يعـــود بجهالـــة

---

[١]) حاشية ابن عابدين جـــ٥ ص ٦٤٧ ، والمدونة جـــ ٢ ص ١٠٩ ، والخرش جـــ ٦ ص ٢٠٦ ، المهذب جـــ ١ ص ٣٨٨ ، وكفاية الاخبار ص ١٨٨ ، وتحفة الحكام جـــ ٢ ص ١٣١ ، والمغنى جـــ ٥ ص ١٨٩ : ١٩٠

[٢]) المراجع والمواضع السابقة

[٣]) بدائع الصنائع جـــ ٨ ص ٣٦٠٢

[٤]) المغنى جـــ ٨ ص ١٨٩

الربح ‘ والأصل عندهما إن الشرط الفاسد إذا ادخل فـي هذا العقد فانه ينظر إن كان يؤدى إلى جهالة الربـح ‘ يوجب فساد العقد ‘ لان الربح هـو المعقـود عليـه ‘ وجهالة المعقود علية توجب فساد العقد . وان كـان لا يؤدى إلى جهالة الربح يبطل الشرط ‘ وتصح المضاربة (١)

الرأى الثانى : – ذهب فقهاء المالكية (٢) والشافعية (٣) إلى القول بفساد عقـد المضاربـة المتضمن على شرط فاسد ‘ وعلة ذلك إن فيـه زيـادة غرر ‘ وهذه الزيادة توجب فساد العقد . وسأذكر بعـض النصوص الفقهية التى تدل على ذلك . فـأقول : قـال الكاسانى : والأصل فى الشرط الفاسد اذا دخل فى هـذا العقد انه ينظر أن كان يؤدى إلى جهالة الربح يوجـب فساد العقد ... الخ " (٤)

---

١) المرجعين الموضوعين السابقين .

٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٣٨

٣) المهذب جـ ١ ص ٣٨٨

٤) البدائع جـ ٨ ص ٣٦٠٢ : ٣٦٠٣

وقال ابن عابدين : " والفاسدة لا ضمـــان فيــها أيضـــا كصحيحه لانه آمين [١]

وقال الخرشى [وكذلك يكون القراض فاسد اذا اشـــترط رب المال على العامل إن يضمن المال اذا تلـــف – أى راس المال – لان ذلك ليس من ســـنة القـــراض ، لـــه قراض المثل اذا عمل ولا يعمل بالشرط اذا تلف المال " [٢] وجاء فى المدونة قول الإمام مالك فى الرجل يدفـــع إلى الرجل مالا قراضا على إن يكون العـــامل ضامنـــا للمال ؟

" يرد إلى قراض مثله ولا ضمان عليه [٣]

وقال الشيرازى : " والعامل آمين فيما فى يـــده ، فأن تلف المال فى يده من غير تفريط لم يضمـــن لانـــه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غـــير تفريط كالمودع " [٤] وفى كفاية الأخبار : " ولا ضمـــان على العامل ألا بالعدوان لانه قبض المال بإذن مالكـــه ،

[١]) حاشية ابن عابدين جـــ ٥ ص ٦٤٧
[٢]) الخرش المرجع السابق
[٣]) المدونة والمراجع السابقة
[٤]) المهذب المرجع السابق

فاشبه سائر الأمناء فلا ضمان عليه ألا بالتعدى لتقصيره كالإمناء [1]

قال ابن قدامة عند الحديث عــن الشــرط الفاســد فــى المضاربة ويشترط على المضارب ضمـــــان المـــال او سهما من الوضيعة " ثم قال موضحا اثر الشروط الفاسدة على العقد :

" ومتى اشترط شرطا فاسدا يعود بجهالة الربـــح فسدت المضاربة لان الفساد لمعنى فى العوض المعقــود عليه فأفسد العقد .. " [2] وقال ابن حزم : " لا ضمـــــان على العامل فيما تلف من المال ولو تلف كله ، ولا فيمـا خسر فيه ، ولاشيء له على رب المال إلا أن يتعـدى او يضيع فيضمن " [3]

والذى أميا إليه هو رأى فقهاء الحنيفة والحنابلة وهو القول بصحة العقد رغم وجود شرط فاسد فيه ، وذلك للتوجيه الذى ذكروه ، ولكى تستقر المعاملات بين أفراد الأمة .

المسألة الثانية : الحيل فى تضمين العامل : -

---

[1]) كفاية الاخبار المرجع السابق

[2]) المغنى المرجع السابق

(٣) المغنى المرجع السابق .

ذكر بعض فقهاء المذهب الحنفى بعض الحيل التى رأوا أنه من خلالها يمكن التوصل إلى تضمين العامل من غير فساد للعقد وفيما يلى سأذكر بعض الحيل التى أوردوها فى كتبهم ثم مناقشتها فأقول : -

الحيلة الأولى

قال صاحب بدائع الصنائع :" وحيلة أخـــرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب إلا درهمـا واحدا ويسلمه إليه ويشهد على ذلك . ثم إنهما يشـتركان فى ذلك شركة عنان على أن يكون رأس المال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض علـى أن يعملا جميعا وشرطا أن يكون الربح بينهما ثم بعـــد ذلك يعمل المستقرض خاصة فى المال ، فإن هلك المال فى يده كان القراض على حالة ولو ربح كـــان الربــح بينهما على الشرط " (١)

الحيلة الثانية

قال الكاسانى : " ولو أراد رب المال أن يجعـــل المال مضمونا على المضارب فالحيلـــة فـــى ذلـــك أن

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٠٥ ، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٤٦ .

يقرض المال من المضارب وشهد عليه ، ويسلمه إليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه إلى المستقرض فيستعين به فى العمل حتى ولو هلك فى يده كان القرض عليه ، وإذا لم يهلك وربح يكون الربح على الشرط " (١)

مناقشة الحيلة الأولى : -

نورد على الحيلة الأولى هذا السؤال ثم نجيب عليه ألا وهو كيف يوزع الربح فى هذه الشركة المقترضة فى هذه الحيلة فهل يوزع على قدر المالين ، أم يتسامح فيه التفاوت ؟

اختلف الفقهاء فى الجواب عن هذا السؤال إلى رائيين :

الرأى الأول :

ذهب فقهاء المالكية (٢)، والشافعية (٣) إلى القول بأن الربح فى هذه الشركة يوزع على قدر المالين :

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٠٥ ، حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٤٦ .

(٢) الخرشى جـ٦ ص٤٥ .

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ ص٢١٥ .

قال الخرشى : " والربح والخسارة بقدر المالين : يعنى أن مال الشركة إذا فصل فيه ربح خسارة فإنه ينص بين الشريكين وجوبا على قدر المالين من تساو وتفاوت إن شرطا ذلك أو سكتا عنه " إلى أن قال : " وتفسد بشرط التفاوت أى التفاوت فى الربح " (١) وقال النووى : " والربح والخسران على قدر المالين تساوى فى العمل وتفاوتا ، فإن شرطا خلافه فسد العقد " (٢)

الرأى الثانى :

ذهب فقهاء الحنفية (٣)، والحنابلة (٤) إلى القول بأنه يغتفر فى هذه الشركة التفاوت فى الربح .

قال ابن قدامة : " فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما فى المال ، وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما فى المال " (٥)

---

(١) الخرشى جـ٢ ص٢١٥ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٢١٥ .

(٣) البناية فى شرح الهداية جـ٦ ص١٠٧ – ١٠٨ ، تبيين الحقائق للزرقانى جـ٣ ص٣١٨

(٤) المغنى والشرح الكبير جـ٥ ص١٤٠ .

(٥) المغنى والشرح الكبير المرجع السابق .

وعلل ابن قدامه ذلك قائلا : " ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا فى الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد ، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر ، وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط له زيادة فى الربح مقابل عمله كما يشترط الربح فى مقابلة عمل المضارب ، ويحققه أن هذه الشركة معقودة على المال ، والعمل جميعا ، ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفردا فكذلك إذا اجتمعا " (١)

وقال الزيلعى : " وتصح مع التساوى فى المال دون الربح وعكسه ، وهو أن يتساويا فى الربح دون المال " (٢)

وعلى ذلك فمن رأى التفاوت فى الربح ولم يشترط أن يكون على قدر المالين نظر إلى العمل على أسس أنه من أسباب استحقاق الربح ، فالعمل قد يوجد من أحدهما ولا يوجد أحدهما من الآخر ، وقد يوجد

---

(١) المرجع والموضع السابقين .

(٢) تبيين الحقائق جـ٣ ص٣١٨ .

منهما لكن أحدهما أهدى بأمور التجارة من الآخر ، ومن اغتفر التفاوت فى الربح ثم إن الشركة المقترجـــة فـــى الحيلة الأولى تتكون من شريكين أحدهما ، شارك بدرهم واحد ، ولم يشترك فى العمل والثانى : قدم المال كله إلا درهما ثم قام بكل العمل ، فلو أخذنا بالرأى الأول لخسر صاحب الدرهم خسرانا واضحا ، ولو أخذنا بما قال بـــه أصحاب الرأى الثانى فإن صاحب الدرهم يكون مغبونـــا أيضا وليس له حظ وافر كذلك لأن شرعية التفاوت فـــى الربح تكون على قدر المآلين لكن على أساس العمـــل . ففى هذه الحالة حظ صاحب الدرهم من أموال الشـــركة درهم ، ولاحظ له من العمل ، فمن ثم فلا حـــظ لـــهذا الشريك الذى لم يقدم عملا قط يســـتحق علـــى أساســـه الربح .

ولقد رفض فقهاء الحنفية أنفسهم القـــائلين بـــهذه الحيلة ولم يتوصلوا بها إلى تضمين المضارب . (١)

<u>مناقشة الحيلة الثانية : -</u>

---

(١) يراجع فى ذلك حاشية ابن عابدين جـــ٥ ص٦٤٦ .

أما الحيلة الثانية ففيها رب المال يكـــون مكـــان المضارب لينفى عن نفسه

التبعية ويحملها للآخر ، والعامل يأخذ مكـــان صـــاحب رأس المال ليتحمل التبعة ، والقائم بالعمل واحـــد فـــى الحالتين غاية ما هنالك أنه قبل هذه الحيلة كـــان يعمـــل على أساس أنه عاملا ، وبعدها يعمل على أساس كونـــه مبضعا . وعلى ذلك فهذه الحيلة يقصـــد بـــها تضميـــن المضارب لأموال المضاربة من غير تعد أو تفريط ولـم يدفع بها باطل ، ولم يثبت بها حق ، وهذا أمر لم يقـــره شرع الله عز وجل فهى وسيلة لا يجاب ما لـــم يوجبـــه الشارع والمقصود بها تضمين من قرر الشـــارع عـــدم تضمينه بهذا فهى مردودة أيضا كالحيلة الأولى .

أنواع الحيل : –

الحيلة نوعان :

الأول: ما كان المقصود منها متفقا مع مقاصد الشـــريعة الإسلامية وذلك كإثبات حق أو دفع باطل .

الثانى : ما كان المقصود منها مضادا لقصـــد الشـــارع خاصة وهذان النوعان لها أنواع أخرى متفرعة عنـــهما

لا أريد أن استطرد فى ذكرها لأن هذا ليس موضعـــــها ومن أرداها فليطلبها من مكانها .

وجملة القول إن الحيل المحرمة هى التى يتوصل بها إلى إسقاط واجب ظـــاهرا ، أو اســتباحة محظـــور ظاهرا بفعل مشروع فى ذاته أو غير مشروع بحيــث لا يسقط ذلك الواجب ، ولا يباح ذلك المحظور فى الظاهر إلا مع تلك الوسيلة فيفعلها توصيلا إلى غرضه (١)

وعلى ذلك فإذا قصد بالحبلة الأمور الآتية ستكون محرمة بل وباطلة :

١ - إذا كانت الحلية مضادة لمقاصد الشريعة

٢ - إذا كانت الحيلة تتنافى مع مصالح العباد المعتـــبرة شرعا ثم أختم كلامى هذا بكلمة العلامة الشاطئ حيـــث قال : -

" لا يمكن إقامة دليل فى الشريعة على إبطال كل حيلـــة كما لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة ، وإنما يبطـــل منها ما كان مضادا لقصد الشارع خاصة ، وهو الـــذى

---

(١) يراجع فى ذلك الحيل فى الشريعة الإسلامية لمحمد عبد الوهاب بحيرى ص٢٥ – ٢٦ . بتصرف .

يتفق عليه أهل الإسلام . ويقع الاختلاف فـــى المســـائل التى تتعارض فيها الأدلة " (١)

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ٢ ص٣٣٧ .

المطلب الثامن

تصفية عقد المضاربة

كل شي ء محدث في هذا الوجـود له بداية ،فـلا بد له من نهاية ،إلا الموجـود لذاته فلا بداية لوجـوده كما أنه لا نهاية له _سبحانه عز شأنه ـو عقد المضاربة كغيره من العقود له بداية ،فلا بد من نهاية ،فـهو يبـدأ بالإيجـاب والقبول مع توافر الشروط المذكـورة آنفـا ،وينتهى بالفسخ ،وبالموت ،الجـنون ،وبالحجـر علـى السفيه ونحو ذلك ،لأن عقد المضاربة ليس من العقـود اللازمة ،بل هو من العقود الجـائزة ينفسـخ بفسـخ أحدهما أيهما كان .وهو عقد في بدايتـه وكالـة ،وفـي نهايته شركة أو جـعالة ،وكلها عقود جـائزة وليسـت لازمة ،ومن ثم فسنتناول في هذا المطلب الأمور التـي ينفسخ بها عقد المقارضة بشيء من التفصيل وذلك فيمـا يلى :

<u>الأمر الأول :الفسخ :-</u> قال جـمهور أهل العلم ينتهى عقد المضاربة بالفسخ من أحد المتعـاقدين فلكـل مـن

المالك والعامل فسخه ،فإذا فسخ أحدهما ارتفع القـراض وإن لم يحضر صاحبه .[١]

إلا أن فقهاء المالكية ذهبوا إلى القول بأن القراض يلـزم بالعمل .فإذا شرع العامل في العمل فقد لزم الإقـراض وليس للمالك فسخه ،وهو قبـل نضـوض المـال –أى خلوصه في إبان سوقه – عقد يورث عنه ،فإن كان لـه ورثة أمناء كانوا في الإقراض مثل مورثـهم فـإن لـم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين وإلا سلموا الأمـوال هدرا بغير ربح لأن الإقراض عندهم جـعل لا يسـتحق إلا بتمام العمل .[٢]

وأنكر ابن حزم رأى المالكية فقال :"وأيـهما أراد ترك العمل فله ذلك ويجـبر العامل علي بيـع السـلع معجـلا–خسر أو ربح –لأنه لا مدة في القراض،فـإذا لبس فيه مده فلا يجـوز أن يجـبر الآبى منهما علـي التمادى في عمل لا يريده أحدهما في مالـه ولا يريـده

---

(١) بدائع الصنائع جـ٨ ص٣٦٠٠،مغنى المحتاجـ جـ٢ ص٣١٩، كفاية الأخيار جـ١ ص١٨٨،المغنى جـ٥ ص١٧٩.

(٢) بداية المجـتهد جـ٢ ص٢٤٠،تحفه الحكام جـ٢ ص١٢٩،المدونة جـ٥ ص١٢٩،الخرش جـ٦ ص٢٢٣.

الآخر في عمله ، ولا يجـوز التأخير في ذلك ، لأنـه لا يدرى كم يكون التأخير ؟ وقد تسمو قيمة السـلع ،وقـد تنحط فإيجـاب التأخير في ذلك خطأ ولا يلزم أحـد أن يبيح ماله لغيره ليموله به "(١)

لكن قول ابن حزم " لا مدة في القـراض "محـل نظر فقد سبق أن فقهاء الحنفية والحنابلـة ذهبـوا إلـى جـواز ذلك وبسطنا رجـحانه .

أما قوله :"لا يلزم أحدا أن يبيح ماله لغيره ليموله بـه "فأقول إن هذا أمر لا جـدال فيه ،لكن هناك اعتبـارات جـديدة بالنظر وهي أن رب المال عندما أعطى مالـه للعامل مضاربة قد التزم ضمنا بأن يتيـح للمـال دورة تنمية علي الأقل حتى يتمكن من تحقيق الغاية من العقـد وهي الربح .

والمضارب قد أخذ المال لكي يعمل فـيربح ،وإن المال سيترك في يده مدة من الزمن لكي يتمكن فيها مـن العمل ولو علم العامل أن رب المال يعطيه المال اليـوم ثم يأخذه منه غدا لامتنع عن قبول العقد أصلا .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ٩ ص١١٩.

وإذا كانت المضاربة تلزم بالعمل ،فهو واجب على العامل لأنه يعقل أن يتسلم العامل مال المضاربة اليوم ويستعد للبيع والشراء ونحو ذلك من أمور التجارة ثم يأتى رب المال في لحظة ويطالب بفسخ عقد المضاربة ،لأن هناك من النفقات ما لا يمكن تداركه في هذه الحالة إلى غير ذلك من الاعتبارات الموجودة في الحياة العملية .

لذلك وغيره فأرى نفسي تميل إلى ترجيح رأى فقهاء المالكية الذين يقولون بلزوم القراض بالعمل دفعا للضرر الذي قد يلحق المضارب بفسخها مفاجأة .

وإذا كان جمهور أهل العلم راعوا حق رب المال في أن يكون صاحب القرار في ملكه ،فينبغى أيضا مراعاة المضارب في حقه من الربح ،وعمله الذي بذله للحصول عليه مراعاة لحق الجانبين .والله أعلم .

الأمر الثانى :الموت ،والجنون ،والحجر عليه للسفه :-

اتفق الفقهاء علي أن عقد المضاربة ينتهى بموت أحد المتعاقدين أو جـنون أحدهما أو هما معا ،أو الحجـر علي أحدهما أو عليهما لسفه قبل التصرف .

أما إذا شرع المضارب في العمـل فالجـمهور قالوا بفسخها بينما قال المالكية بلزومـها واسـتمرارها ،ولوارثه أو وليه أن يكملها علي حكم ما كان مورثـه[1] ،وعلي ذلك فالجـمهور لم يفرقوا بين الشروع في العمل أو عدمه ،فالمضاربة تنفسخ فـي الحـالتين وتجـب التصفية الفورية لأموال المضاربة فإن كان المال ناضـا لا ربح فيه وجـب تسليمه لربه أو لوصية ،وإن كان فيه ربح قسم بينهما علي الشرط وإن كان المـال عرضـا وجـب تنضيضه أو قسمته علي ما ينفقان عليـه ،إلا أن ورثة العامل يستقلون بتنضيض المال بدون إذن المـالك لأنه لم يرض بتصرفهم ،فإن اختلفوا تولاه أميـن مـن جـهة الحاكم فإذا ما أراد الورثة استمرار العمل فـهذه مضاربة مستأنفة ،وليست استمرار للمضاربة السـابقة

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص٦٥٤،نتائج الأفكار جـ٥ ص٤٦٦،الغنى جـ٥ ص١٧٩،مغنى المحتاج جـ٢ ص٣١٩،المدونة جـ٥ ص١٣٠.

،ومن ثم فهي لا تصلح مع عدم نضوض المـــال لعـــدم جـــواز المضاربة بالعروض .

أما الإقراض الذي بدأ فيه بالعمل لا ينفسخ عنـــد المالكية بموت أحد أطرافه بل يحل الوارث محل مورثه، العامل إذا كانوا أمنـــاء أو إذا جـــاءوا بـــأمين علـــي القراض الذي كانوا عليه مورثهم فلهم تكملتـــه ســـواء رضي المالك أم أبي إلا أنهم في حالة إبائه يســـتمرون فقال إلي نضوض المال في أيان ســـوقه .وورثـــة رب المال يحلون محل مورثهم ،فإذا أرادوا استمرارها فيـــها ونعمت وإلا كان عليهم أن يصيروا إلي نضوض المـــال في إبان سوقه لذا فالراجـــح ما ذهب إليه المالكية كمـــا سبق بيانه.

المبحث الثالث عشر

المرابحة وما يتعلق بها

توطئة: لما كانت المرابحة نوعا من أنواع البيوع،تبـــاع فيها السلع برأس مالها ،وزيـــادة ربـــح معلـــوم ،فقـــد اجـــتمعت كلمة المسلمين علي مشروعاتها في الجـــملة ،استنادا علي عموم الأدلة التي تجـــيز البيع بصفة عامة .وللمرابحة ضوابط تكفل بقاءها فـــي إطـــار الصـــدق والأمانة الذي يجـــب أن يوصف به عقد البيـــع شـــرعا ،ومن ثم سميت هذه البيوع بيوع الأمانة ،وعلـــي ذلـــك فالدراسة في هذا البحث تكون في أربعة مطالب بيانـــها فيما يلى :

<u>المطلب الأول</u>

تعريفها ،وأنواعها ،وجـــوازها

<u>أولا :تعريفها لغة وشرعا:-</u>

(أ)<u>تعريفها لغة</u> :المرابحة في اللغة مفاعلة من الربح وهو النماء في التجـــر يقال :نقد السلعة مرابحة علـــي كل عشرة دراهم درهـــم ،وكذلـــك اشـــتريته مرابحـــة

والمفاعلة[١] هنا ليست علي بابها ،لأن من يربح هو البائع ،فهى من المفاعلة التى استعملت في الواحد كمسافر وعافاه الله .أو أن مرابحة بمعنى أرباح لأن أحد المتبايعين أربح الآخر ولا بد من تسمية الربح ،وقد تكون المرابحة علي بابها لكن بتكلف ،ذلك لأن المشترى أربح البائع ،والمشترى يأخذ السلعة بربح العشرة كأحد عشر مثلا ،وهو يعلم أنه يبيعها باثنى عشر مثلا ،وظن المشترى أنها تزيد فقد أربحه بهذا الاعتبار أيضا . [٢]

(ب)تعريفها شرعا :واتفق الفقهاء علي تعريفها شرعا فقالوا:هي بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم .وهذا المعنى متفق عليه بين الفقهاء ألا أنهم اختلفوا في الألفاظ التى تعب عنه كما سيتضح من ذكر بعض نصوصهم في التعريف الشرعى .

قال الكاسانى:"بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح "[٣] وقال صاحب الهداية :"نقل ما ملكه بالعقد الأول

---

(١)الخرشى علي خليل جـ٥ ص١٧١.

(٢)لسان العرب لابن منظور جـ٢ ص٤٤٢-٤٤٣.

(٣) بدائع الصنائع جـ٧ ص٣١٦٣.

بالثمن مع زيادة ربح "[١] وقال ابن عرفه :"بيع مرتب علي ثمن مبيع تقدمه غير لازم مساواته لــه "[٢] وقــال صاحب روضة الطالبين :"عقدين الثمن فيه علي ثمــن البيع الأول مع زيادة "[٣] وقال ابن قدامــه:"هــو البيــع برأس المال وربح معلوم "[٤] وقال أيضا :"المرابحــة أن يبيع بربح ،فيقول رأس مالى فيه مائه بعتكه بها وربــح عشــرة أو أن أربــح فــي كــل عشــرة درهمــا "[٥]

ثانيا:أنواع المرابحة :-.

لبيع المرابحة صور متباينة كثيرة ،لكن أكثرهــا شهرة وذيوعا صور ثلاثة ، بيانها فيما يلى : -

الأولى : أن يقول بعت بما اشتريت أو بما بذلــت مــن الثمن وربح كذا .

الثانية : أن يقول بعت بما قام علي ، وربح كذا .

---

(١) البناية في شرح الهداية جـــ٦ ص٤٨٦.

(٢) بلغة السالك للصاوى جـــ٢ص٧٧.

(٣) روضة الطالبين جـــ٣ ص٥٢٦.

(٤) المغنى جـــ٤ ص٢٥٩.

(٥) المقنع جـــ٢ ص٥٢-٥٣.

<u>الثالثة :</u> أن يقول بعتك برأس المال وربح كذا [١] لكـــن هل هذه الصورة الثالثة تلحق بالصورة الأولى أم الثانيــة ؟ والجـــواب أن ذلك مردة إلى العرف التجـــارى ، فإن كان العرف التجـــارى يقضى أن تعبير رأس المــــال لا يقصد به إلا الدلالة على ثمن الشراء مجـــردا مـــــن أى نفقات أو مصروفات ألحقت بالصورة الأولي أما إذا كان يقضى بأنه ثمن الشراء بالإضافة إلي ســــائر النفقـــات والمصروفات التي يقصد بها الاسترباح ألحقت حينئـــــذ بالصورة الثانية .

و للربح في بيع المرابحة صورة مختلفة منـــــها : أن يكون الربح نسبة معلومة من رأس المال كالعشـــو أو الخمس أو نحو ذلك ، ومثاله أن يقول له بعتك بـــــرأس المال أو بما قام علي وربح درهم لكل عشرة .

ومنها : أن يكون الربح شيئا معلوما مقدرا عــــن رأس المال ومثاله أن يقول له :بعتك برأس المال أو بما قام علي وربح مائه مثلا .

---

(١) روضة الطالبين جـــ٣ ص٥٢٧-٥٢٨.

ومنها: أن يكون مبلغا متطوعا بالإضافة إلـــي نســبة معلومة وذلك بأن يضم إلي الثمن ويبيعه مرابحة ومثالـه أن يقول له :اشتريت بمائه ،وبعتك بمائتين وربح درهـم لكل عشرة أو ربح أي كل عشرة ربحها درهم [١] .

ثالثا: جــوازها:-

في جــوازها ومدى مشــروعاتها و أيـــان للفقهاء ،بيانهما فيما يلى:-

الرأى الأول :- ذهب جــمهور الفقهاء إلي القول بـــأن المرابحة جــائزة في الجــملة لأنها صورة من صـــور البيع .

و البيع جــائز فكذلك المرابحة [٢] .

الرأى الثانى :-

ذهب بن حزم الظاهرى إلى القول بأن المرابحـــة حرام ، والعقد بها باطل .[٣]

---

(١) البناية شرح الهداية للعينى جــ٦ ص٤٨٩،مغنى المحتاجــ جــ٢ ص٧٧.

(٢) بدائع الصنائع جــ٢ ص٣١٩٢، المدونة جــ٤ ص٢٢٧، مغنى المحتاجــ جــ٢ ص٧٧، المغنى جــ٤ ص١٠٢.

(٣) المحلى جــ٩ ص٦٢٥-٦٢٦ .

الأدلة :- استدل جمهور الفقهاء على مشروعيتها بمـــا يلى :-

١- **عموم الأدلة التى تقضى بمشروعية البيــــع كقوله تعالى:-** "وأحل الله البيع وحرم الربا"[١].

٢- **الإجماع :** فقد ثبت أن الناس تعاملوا بـــها فـــى مختلف العصور والأمصار من غير تكبر ، ومثل ذلك حجة .[٢]

٣- **المعقول :-** إن الحاجة ماسة إلى هذا النوع مـــن البيع ، لأن من لا يهتدى إلى أمور التجارة يفتقـــر إلى أن يعتمد على فعل من يهتدى ، وتطيب نفسه بمثل ما أشترى وبزيادة ربــــح فوجـــب القـــول بمشروعيتها . [٣]

---

(١) سورة البقرة آيه رقم ٢٧٥ .

(٢) المراجع والمواضع السابقة .

(٣) المراجع والمواضع السابقة .

قال الكاساني :-" والأصل فى هذه العقود عمومـــــات البيع من غير فصل بين بيع وبيع" . **وقال الله تعالى:** " وابتغوا من فضل الله ". [١]

وقال أيضاً :"ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضـــــلاً مـــن ربكم". [٢]

والمرابحة ابتغاء للفضل من البيع نصاً ". [٣]

وقال صاحب المدونة : " قلت لابن القاسم : المرابحـــة للعشرة أحد عشر ، وللعشرين اثنان وعشـــــرين ، ومـــا سمى من هذا ، وللعشرة خمسة عشرة ، وللدرهم درهـــم ، وأكثر من ذلك أو أقل جائز فى قول مــــــالك؟ قـــال : نعم".[٤]

وقال الخطيب : " ويصح بيع المرابحة من غير كراهة لعموم ".

---

(١) سورة الجمعة آية رقم ١٠ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ١٩٨ .

(٣) البدائع جـ٢ ص٣١٩٢ .

(٤) المدونة ج٤ ص٢٢٧ .

وقاله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا " . (١)

وفقهاء الحنابلة فرقوا فى حكمها بين أمرين :-

الأول :- إذا كان الربح شيئاً معلوماً مفرداً عـــن رأس المال ، فهذا أمر جائز عندهم بلا خلاف .

الثانى :- إذا كان الربح جزءاً من رأس المال ، فقـــد قال كثير منهم بكراهية هذه الصورة ، ووجه الكراهيـــة عندهم فى الأمر الثانى ما يلى :-

١- قول ابن عمر ، وابن عباس ، وبعـــض الســـلف بالكراهة .
٢- إن فيه نوعاً من الجهالة ، فالتحرز عنها أولى .
٣- وفيه التشبه بالأعاجم ، إلا أن المراد بالكراهة هنا هى كراهة التنزيه لا التحريم ، ومن ثم فلا أثـــر لها فى صحة البيع . (٢)

واستدل ابن حزم على قوله بالحرمـــة والبطـــلان بمـــا يلى :-

١- أن اشتراط ربح معين شرط ليس فى كتاب الله .

---

(١) سورة البقرة آيه رقم ٢٧٥ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٧٧ .

(٢) المغنى جـ٤ ص١٠٢ .

٢- أنه بيع بثمن مجهول .

قال ابن حزم : "ولا يحل البيع على أن تربحنى الدينـــار درهما ، ولا على أن أربح معك فيه كذا وكذا درهماً فإن وقع فهو مفسوخ أبداً إلى أن قال : برهان ذلك أن البيـــع على أن تربحنى كذا ليس فى كتاب الله تعالى فهو بـــاطل ، والعقد به باطل ، وأيضاً فأنه بيع يثمن مجهول " .(١)

المناقشة والترجيح :-

أولاً :- قول فقهاء الحنابلة بالكراهة محل نظـــر - لأن ما روى عن بعض الصحابة من النهى عن ذلك فيمكـــن حمله على ما إذا لم يبين الثمن كما ذكر ذلـــك صـــاحب مغنى المحتاج .(٢)

ثانياً :قول ابن حزم : إن البيع على أن تربحنـــى كـــذا شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل لأنه شرط لا بنا فـــى مقيض العقد ولا ينطوى فى ذاته على حرمة ، ولا دليـــل مانع من ذلك .

---

(١) المحلى جـ٩ ص٦٢٥-٦٢٦ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٧٧ .

ثالثا:- الجهالة يمكن إزالتها بالحساب كما قال ابن قامة نفسه فى النص المنقول عنه سابقاً ، وبناء على ذلك فــلا يقبل الدفع بالجهالة للتضعيف من قبول هذه الصــورة لا سيما وقد وجدت الآلات الحديثة فى علم الحساب بحيــث يمكن إزالتها بسرعة فائقة . لذا فأرى نفسى تميل إلـــى القول بالجواز فى كل أنواعها لأن ذلك هو القاعدة فـــلا يعدل عنها إلا بدليل معتبر والله أعلم .

هل المساومة أفضل أم المرابحة ؟

قال المالكية :- " والمماكسة أحب إلـــى أهـــل العلـــم وأحسن عندهم " . (١)

وقال الشيخ العدوى :- " والحاصل على المســـاومة أفضل من المرابحة والمزايدة والاستئمان " ثم بين العلــة فقال :- "لأن المراجعة تحتاج لصدق متين ، والمزايــدة تورث الضغائن " . (٢)

وقال ابن قدامه :- " قال أحمد : المســـاومة عنـــدى أسهل من بيع المرابحة ، لأن بيع المرابحة يعتريه أمانــة

(١) الخرشى على خليل جـــ٥ ص١٧٢ .

(٢) المرجع السابق جـــ٥ ص١٧١-١٧٢ .

واسترسال ، ويحتاج فيه إلى تعيين الحال على وجهـــه ولا يؤمن هوى النفس فى نوع تأويل وخطر ، فيكـــون على خطر وغرر فتجنب ذلك أسلم وأولى " . (١)

وبناء على ذلك فالمساومة أفضل عند كثير مـــن الفقهاء من المرابحة ، لأن مبنى المرابحة على الأمانـــة والصدق واجتناب الشك ، وهوى النفس فى ذلك غـــير مأمون لأن الشيطان الذى هو عدو مبيـــن للإنســـان ولا يغفل عنه يجرى من ابن آدم مجرى الدم فالاحتياط أولى فى هذا الشأن ، والحاصل أنها جائزة بلا كراهة لكنـــها خلاف الأولى إذ المساومة أفضل . الله أعلم .

---

(١) المغنى جـــ٤ ص١٠٨ .

المطلب الثانى

شروطها

يشترط للمرابحة ما يشترط فى البيع بوجه عـــام ككون المبيع مملوكا للبائع ، أو ماذونا فى لـــه بيعــه ، ومن كون المبيع مالا - أى يباح الانتفاع بـــه شرعــا - ومن كونه معلوما برويه أو صفة تحصل بها معرفتـــه ، ومن كونه مقدورا على تسليمه ، ومن كون الثمن معلوما إلى غير ذلك من الشـــروط بالإضافــة إلـــى أهليـــه المتعاقدين ، ورضاهما به ، وبناء على ذلك فمـــا تحـــل المرابحة بما يحل به عقد البيع إذ هى نوع من أنواعــه ، والذى يعنينا هنا هو أن نتناول بشـــىء مـــن التفصيـــل الشروط الخاصة بالمرابحة فهى الغرض الأساسى مـــن البحث فى هذا المطلب .

الشروط الخاصة بالمرابحة :-

حتى تكون المرابحة صحيحة لابد فيها من الشروط الآتية :-

الشرط الأول : -

أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال [١] فإن كان لا مثل له من العروض ففى ذلك تفصيل للفقهاء بيانه فيما يلى : -

أولا : رأى فقهاء الحنفية : [٢]

ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بعدم جواز بيعه مرابحة ممن ليس ذلك العرض فى ملكه ، لأن المرابحة بيع بمثل الثمن الأول . والبيع إما أن يقع على عين ذلك العرض أو على قيمته ، وعينه ليس فى ملكه ، وقيمته مجهولة تعرف بالحرز والظن لاختلاف أهل التقويم فيها

وأما بيعه مرابحة ممن العرض فى ملكه ويده ، فإن جعل الربح شيئا مفردا عن رأس المال ، معلوما كثوب معين أو دراهم ، ونحو ذلك جاز ، لأن الثمن الأول معلوم والربح معلوم ، وأن جعل الربح جزء من رأس المال لا يجوز لأن الربح جزء من العرض ،

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص٣١٩٥ – ٣١٩٦ ، البنايه شرح الهداية جـ٦ ص٤٨٩ .

(٢) المرجعين والموضعين السابقين .

والعرض ليس متماثل الأجزاء وإنما يعرف ذلك بالتقويم والقيمة مجهولة لأن معرفتها بالحرز والظن .

ثانيا : رأى فقهاء المالكية :(١)

أما فقهاء المالكية فقد فرقوا بين العرض المعين والعرض المضمون ، فاتفقوا على جواز المرابحة في حالة ما إذا كان العرض معينا بشرط إن يكون ذلك العرض عند المشترى ، واتفقوا أيضا على القول بالمنع إذا لم يكن عنده ، وهنا يوافق رأيهم رأى الأحناف الذى سبق بيانه أما إذا كان رأس المال عرضا مضمونا كما لو اشترى ثوبا بحيوان مضمون ، فأجازها ابن القاسم ، ومنعها أشهب لما فيه من السلم الحال . (٢)

جاء فى المدونة : " قلت : أرأيت من اشترى سلعة بعرض من العروض أيبيع تلك السلعة مرابحة فى قول مالك ؟ قال : قال مالك : لا يبيعها مرابحة إلا أن يبين . قلت : فإن بين أيجوز ؟ قال : نعم : ويكون على

(١) الخرشى على خليل جـ ٥ ص ١٧٢ .

(٢) الخرشى جـ ٥ ص ١٧٢ .

المشترى مثل تلك السلعة فى صفتها ويكون عليـــه مـــا سميا من الربح . [١]

ثالثا : رأى الشافعية : [٢]

أما فقهاء الشافعية فقد أجازوا المرابحة حتى ولـــو لم يكن رأس المال مثليا ولكن عليه أن يبين أنه اشـــتراه بعرض قيمته كذا ، ولا يقتصر على ذكر القيمة . [٣]

رابعا : رأى الحنابلة [٤]

أما فقهاء الحنابلة فانهم لا يجيزون المرابحـــة إذا كان رأس المال عرضا متقوما ، وعلة ذلك عندهـــم أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن ، واحتمال الخطـــأ فيه كبير ، وبيع المرابحة أمانة فلم يجـــز فيـــه هـــذا ، وصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يبـــاع به ما يجب التماثل فيه .[٥]

والذى يلوح لى هو رجحان ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والحنابلة لأن مبنى المرابحة على الأمانة واجتناب

---

(١) المدونة جـ ٤ ص ٢٤٠ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٣ ص ٥٣١ .

(٣) المرجع والموضع السابقين .

(٤) المغنى جـ ٤ ص ١٠٨ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق .

الريبة فإذا تركنا للبائع أمر تقويم العرض لتحديد الثمن الأول فهذا يفتح بابا واسعا إلى الخيانة أو الخطأ على أحسن الأحوال ، وهذا يتنافى مع الأمانة والصدق إذ هما أساس هذا النوع من البيع .

الشرط الثانى :

أن يكون رأس المال أو ما قـــامت بـــه الســـلعة معلوما للمشترى الثانى ، لأنها بيع مع زيـــادة ربـــح ، وكون الثمن معلوما شرط فى صحة البياعات كلها .[١]

الشرط الثالث :

إن يكون الربح معلوما لأنه جزء الثمن ، والعلـــم بالثمن شرط صحة البياعات فلا بـــد أن يكـــون الربـــح معلوما .[٢]

الشرط الرابع :

ألا يكون الثمن فى العقد الأول مقابلا بجنسه مـــن أموال الربا . وصـــورة ذلـــك أن يشـــترى المكيـــل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل وفى هذه الحالة لا يجوز لـــه

---

(١) بدائع الصنائع جـــ ٧ ص ٣١٩٣ ، مغنى المحتاج جـــ ٢ ص ٧٨ ، روضة الطالبين جـــ ٣ ص ٥٢٩.

(٢) المراجع والمواضع السابقة .

أن يبيعه مرابحة ، لأنها بيـــع بـــالثمن الأول وزيـــادة والزيادة فى الأموال الربوية تكون ربا لا ربحا ، لكن إذا اختلف الجنس فلا بأس بالمرابحة ، وصورة ذلك مثـــلا أن يشترى دينارا بعشرة دراهم فباعه بربـــح درهـــم أو ثوب بعينه جاز لأن المرابحة كما سبق بيانها بيع بالثمن الأول وزيادة ، ولو باع دينار بأحد عشـــر درهمـــا أو بعشرة دراهم وثوب كان جائزا .(١)

الشرط الخامس :

أن يكون العقد الأول صحيحا فان كان فاسدا لـــم يجز بيع المرابحة . لأن البيوع الفاسدة إذا وقعت ، ولـــم يسبق بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصـــان أو حوالـــة سوق فإن حكمها الرد باتفاق الفقهاء أى برد البائع الثمن والمشترى والمبيع .(٢) أما إذا قبضت ، وتصرف فيـــها بعتق أو هبة أو بيع أو نحو ذلك فقد اختلـــف العلمـــاء ، فمنه من رأى أن ذلك لا يعتبره فوتا يوجب القيمة ، وأنه

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٧ ص ٣١٩٦ .

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٣١٩٧ ، باية المجتهد جـ ٢ ص ١٩٣ .

لا شبهة ملك فى البيع الفاسد وان الواجب الرد كالإمـــام الشافعى .(١)

ومنهم من ذهب إلى أنه يعتبر فوتا يوجب القيمة كالإمام مالك وأبى حنيفة (٢)

وعلى كل حال لا تجوز المرابحة ، لأنه ان كان واجب الرد فلا أشكال . وان الواجب القيمة فلا تصح المرابحة لأنها بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح ، والبيع الفاسد وان أفاد الملك على هذا الرأى لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية ، وهذه القيمة مجهولة .

---

(١) مغنى المحتاج جـــ ٢ ص ١٨٠ ، روضة الطالبين جـــ ٣ ص ٥٣٦ .

(٢) البدائع جـــ ٧ ص ٣١٩٧ ، بداية المجتهد جـــ ٢ ص ١٩٣ .

المطلب الثالث

رأس المال وما يتعلق به

لقد علم مما سبق أن من شـــروط المرابحـــة أن يكون رأس المال معلوما للمشترى ،ذلك لان العلم بالثمن شرط فى صحة البيع بصفة عامة،ومن ثم ،فإذا قال البائع بعتها بما اشتريت به وربح ذلك ، فلا يجوز له فى هـــذه الحالة أن يضيف إلى الثمن الشراء شيئا مطلقـــا ، وألا كان ذلك خيانة وكذبا ، أما إذا قال له قامت على بكذا فله فى هذه الحالة أن يضيف إلى رأس المال كل نفقة تزيـد فى المبيع أو فى قيمته وسائر المؤن المرادة للاسترباح ، وذلك كاجرة القصار والكيال والدلال ونحو ذلـــك ، لأن العرف جرى بإلحاق هذه الأشياء برأس المال فى عـــادة التجار .

قال بن قدامة (النوع الثانى أن يعمل فيها عملا مثـل أن يقصرها أو أن يرفوها أو يخيطها أو يحملها ، فمتى أراد بيعها مرابحة أخير بالحال على وجهه ، سواء عمل ذلـك بنفسه ، أو استأجر من عمله، هذا ظاهر كلام أحمد فأنـه قال يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول تحصلت

على كذا . ثم قال : وفيه وجه آخر أنـــه يجــوز فيمــا استأجر عليه أن يضم الأجرة إلى الثمن ويقول تحصلت على بكذا لأنه صادق – ثم قـــال : ولنـــا أنـــه تغريـــر بالمشترى ، فانه عسى أنه لو علم ان بعض ما تحصلـت به لأجل الصاعة لم يرغب فيها لعدم رغبته فـــى ذلــك فأشبه ما ينفق على الحيوان فى مؤنته وكســوته وعلـــى المتاع فى خزنته)(١)

وقال صاحب الهداية : (ويجوز أن يضيف إلـــى رأس المال أجرة القصار والطرار والصبـــغ واجـــرة الحمـــل ونحوه لأن العرف جار بالحاق هذه الأشياء برأس مـــال فى عادة التجار ولأن كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به . هذا هو الأصل وما عددناه بهذه الصفـــة لأن الصيغ وأخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ، ويقول قام عاى بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كى لا يكون كاذبا "(٢) وقال صـــاحب مغنى المحتاج : " وإن قال : بعت بما اشتريت لم يدخـــل

---

(١) الشرح الكبير لأبن قدامة جـــ ٤ ص ١٠٧ .

(٢) البناية فى شرح الهداية جـــ ٦ ص ٤٨٩ ، ٤٩١ .

فيه سوى الثمن ، ولو قال : بما قام على دخل مع ثمنه أجرة الكيال والدلال والحارس والقصار والرفاء والصباغ وقيمة الصبغ وسائر المؤن والمرادة للأسترباح .(١)

أما فقهاء المالكية فقد فرقوا بين النفقات التى تؤدى إلى زيادة فى المبيع ولها عين قائمة كصبغ وقصر وطرز وخياطة ونحوها ، فهذه يحسب أصلها وربحها .

أما النفقات التى تزيد فى الثمن وليس لها عين قائمة كحمولة ، وشد وطى اعتبر أجرتها وكراء بيت السلعة ونحوه فيحسب أصلها فقط ولا يحسب لها ربح ، وما سوى ذلك من النفقات لا يحسب لها أصل ولا ربح .

قال صاحب المختصر : " وحسب ربح ماله عين قائمة كصبغ وطرز وقصر وخياطة وكد وفتل وتطرية ، وأصل ما زاد فى الثمن كحمولة وشد وطى اعتبر أجرتهما وكداء بيت السلعة ، وإلا لم يحسب كسمسار لم يعتد " (٢)

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٨ .

(٢) الخرشى على خليل جـ ٥ ص ١٧٢ – ١٧٣ .

أما أجرة البائع على ما قام به من عمل فى الشئ المبيـع نفسه فلا تلحق برأس المال بمجرد قوله قام على بكذا بل لا بد لها من بيان خاص لأنه عمله لم يقم عليه وإنما قام عليه ما بذله ، ومثله كذلك ما تطوع به شخص عنه وفى معنى أجرة عمله أجرة مستحقة بملكه أو غيره كمكـترى وعمل غلامه كعمله . (١)

وبالجملة أن البائع إذا بين الحال علـــى وجـــه ، فذكر رأس المال والنفقات التى أنفقها علـــى المبيـــع ، وأجرة عمله فيه ، جاز له أن يلحق ذلك كله برأس المال وأن يضرب الربح على الجميع لأن ذلك أساسه الاتفاق

لكن إذا أجمل البائع ولم يبين الحال ، فقد تباينت آراء العلماء فى ذلك بين مضيق وموسع فى أنواع النفقات التى تلحق برأس المال . لكن يمكن رد هذه الأقوال جميعها إلى العرف فما يقضى العرف التجارى بلحاقه برأس المال ألحق ، وما لا فلا .

قال الكاسانى : " لا بأس أن يلحق برأس المـــال أجرة القصار والصبـــاغ والغســـال والفتـــال والخيـــاط

---

(١) مغنى المحتاج ٢ ص ٧٨ .

والسمسار وسائق الغنم والكــراء ونفقــة الرقيــق مــن طعامهم وكسوتهم وما لا بد منه بالعروف وعلف الدواب . ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعـــرف لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلجقون هذه المــؤن بــرأس المال ويعدونه منه ، وعرف المسلمين وعادتــهم حجــة مطلقة " (١)

وبناء على هذا النص فنفقــة الرقيــق وكســوتهم وعلف الدابة يلحق برأس المال ، وعلة ذلك العـــرف . بينما قال صاحب مغنى المحتاج " إن المؤن المقصـــود للبقاء كنفقة الرقيق وكسوته وعلف الدابة غـــير الزائــد للتسمين وأجرة الطبيب إذا حدث المرض فـــلا تحســب ويقع ذلك فى مقابلة الفوائد المستفادة من البيع " (٢)

ولا يجمع بين هذه الآراء فى المعنى إلا العرف وهو يتغير بتغير الزمان والمكان .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٩٩ .
(٢) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٨ .

المطلب الرابع

ماهية المرابحة

القاعدة فى المرابحة ، أنها بيع أمانة ، ذلـــك لأن المشترى أعتمد على إخبار البائع عن ثمن المبيع الأول من غير شهادة أو استحلاف ، ومن ثم فالواجب صيانـــة هذا البيع عن الخيانة والتهمة ، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن . والأحتراز عن سبب الخيانة والتهمـــة يكون بيان ما يجب بيانه مما قد يؤثر فى إرادة المشترى ورغبته فى الشراء ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنــوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون " (١) وقال النبى الكريم صلى الله عليه وســـلم : " مــن غشنا فليس منا " (٢)

وسوف أبين ذلك ببيان مناسب كما يلى : -

أولا : الزيادة الحادثة : -

---

(١) آية ٢٧ من سورة الأنفال .

(٢) رواه مسلم .

إذا حدث فى المبيــــع زيــادة كــالولد والثمــرة والصوف واللبن ونحوه فقد اختلف الفقــهاء فــى حكــم البيان وذلك كما يلى :

الرأى الأول : ذهب فقهاء الحنفية (١) ، والمالكيــة (٢) إلى القول أنه لا بد من البيان . ووجه ذلك ان الزيــادة المتولدة من المبيع جزء منه ، فكأنه قد حبــس بعــض المبيع وباع الباقى ، وذلك لا يجوز من غير بيان .

قال الكاسانى : " لو حدث فى المبيــــع زيــادة كــالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر لم يبعه مرابحة حتـــى يبين ، لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتــى تمنع الرد بالعيب ، وإن لم يكن لها حصة مـــن الثمــن للحال ، فهذا حبس بعض المبيع ، وباع الباقى فلا يجوز من غير بيان "(٣)

وجاء فى المدونة : " قلت : أرأيت إن اشـــتريت جارية فولدت عندى أبيعها مرابحة ولا أبين ، فى قــول

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٢٠١ .

(٢) المدونة جـ ٤ ص ٢٢٨.

(٣) البدائع الموضع السابق .

مالك ؟ قال لا يبيعها مرابحة ويحبس أولادها إلا أن يبين . فإن بين فلا بأس بذلك "(١)

الرأى الثانى : ذهب فقهاء الشافعية(٢) ، والحنابلة(٣) إلى القول بعدم وجوب البيان . ووجه ذلك أنه صادق فيما أخبر به من تغرير بالمشترى فجاز كما لو لم يزد ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة كالغلة ، إلا أن فقهاء الشافعية أوجبوا أن يحط بقسطها من الثمن إذا كانت حاملا يوم الشراء أو كان فى ضرعها لبن ، أو على ظهرها صوف ، أو على النخلة طلع فاستوفاها ، وهذا فى الحمل بناء على أنه يأخذ قسطا من الثمن . (٤)

والذى يترجح لى هو القول بوجوب البيان لحفظ هذه البيوع عن شبهة الخيانة بقدر الإمكان .

هذا وقد فرق فقهاء الحنفية بين الغلة كاستغلال الدار والأرض ، وبين الزيادة المتولدة من المبيع كالولد

---

(١) المدونة المرجع السابق .
(٢) روضة الطالبين جـ ٣ ص ٥٣٢ .
(٣) الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠٦ – ١٠٧ .
(٤) روضة الطالبين المرجع السابق .

والثمرة والصوف ونحوه ، حيث أجازوا عدم البيان فـى الأولى وأوجبوا البيان فى الثانية ، ووجه ذلك عندهـم أن الزيادة التى ليست بمتولدة من المبيع لا تكـون مبيعـة بالإجماع ، فلم يكن بيع الدار أو الأرض حابسا لجـزء من المبيع فكان له أن يبيعه مرابحة بغير بيان .(١)

وهذا التفريق لدى فقهاء الحنفية تفريق جيد وهـو لا بأس به بشرط أن يكون الزمن يسيرا ، لكن لو كـان الزمن طويلا فلا بد من البيان . لأن طول الاسـتغلال يؤثر فى قيمة الشئ ويضعف جودته . وهـذا مـا رآه فقهاء المالكية حيث اعتبروا حوالـة الأسـواق وطـول الزمان .(٢)

ثانيا : العيب الحادث : -

إذا حدث فى السلعة عيب فى يد البائع ، فأراد أن يبيعها مرابحة ، فإن كان العيب قد حدث بفعله أو بفعـل أجنبى لم يكن لـه أن يبيعـها مرابحـة حتـى يبيـع

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٢٠١ .

(٢) الخرشى جـ ٥ ص ١٧٨ ، المدونة جـ ٤ ص ٢٢٨ .

بالإجماع .(١) وأما إذا كان العيب قد حدث بآفة سماوية . فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بضرورة البيـــان وعدم جواز المرابحة إلا بذلك . وذلك لأن البيع من غير بيان لا يخلو من شبهة الخيانة ، لأن المشترى لو علم أن العيب قد حدث فى يد البائع ربما كان لا يربحه فيه ، بل ربما كان لا يشتريه بالمرة ، ولأنه لو باعه بعد حـــدوث العيب فى يده فكأنه أحتبس عنده جزءا منه فلا يملك بيع الباقى بغير بيان ، كما لـــو احتبـــس بفعلـــه أو بفعـــل أجنبى .(٢)

بينما ذهب الحنفية إلى القول بعدم البيان إذا كـــان العيب قد حدث بآفة سماوية ، ويجوز البيع مرابحة فـــى هذه الحالة ، لأن الفائت جزء لا يقابله ثمن فكان بيانــــه والسكوت عنه بمنزلة واحدة ، بخلاف ما إذا فات بفعلـــه أو بفعل أجنبى لأن الفائت صار مقصودا بالفعل وصـــار

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٢٠٠ ، المدونة جـ ٤ ص ٢٢٧ – ٢٢٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧٩ ، الشرح الكبير لأبن قدامة جـ ٤ ص ٢٢٨ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٣ ص ٥٣١ ، الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠٧ ، المدونة جـ ٤ ص ٢٢٨ .

مقابله الثمن ، فقد حبس المشترى جزء يقابله الثمن فـــلا يملك بيع الباقى مرابحة إلا ببيان .(١)

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من ضـــرورة البيان وعدم جواز المرابحة إلا بذلك تجرزا عن الخيانـــة والتهمة ما أمكن وتفريق فقهاء الحنفية بين العيب الـــذى حدث بفعل البائع أو أجنبى أو بآفة سماوية تفريق محـــل نظر ، لأن المشترى يعنيه أن عيبا قد أصاب السـلعة ، فالسلعة التى يشتريها الآن ليست هى التى اشتراها البائع أول مرة ، ولا يعنيه ما إذا كان سبب العيب سماويا كان أو غيره . فقول البائع : اشتريت هذه السـلعة بكـذا أو قامت على بكذا فيه كذب وخيانة لأنها لم تبق عنده علـى حالتها الأولى بل قد أصابها من العيب ما أصابها ومـــن ثم كان البيان ضروريا .

ثالثا : الأجل : -

من اشترى شيئا نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبيـن لأن الثمن قد يزاد لمكان الأجل ، فكان له شبهة أن يقابله شئ من الثمن فيصير كأنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٢٠٠ .

مرابحة على ثمن الكل ، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة فـــى باب المرابحة فيجب التحرز عنها وذلك بالبيـــان وهـــذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء ،[١] إلا أن الزركشى قد قيد الوجوب بكون الأجل خارجا عن العادة .[٢]

وبناء على ذلك فإذا باع ولم يبين الأجـــل فـــالبيع صحيح عند جمهور الفقهاء ،[٣] والمشترى بالخيار بين الرد أو الإمساك . بينما قال فقهاء المالكية البيـــع فاســـد ويوجبون رده إن كان قائما ، ويقضون بالقيمة إن كـــان قد فات .[٤]

رابعا : حوالة الأسواق : -

من اشترى سلعة ، وحالت الأســـواق ، وأراد أن يبيعها مرابحة لم يجز له ذلك إلا إذا بين ، وهـــذا عنـــد فقهاء المالكية[٥] وهو وجه فى الفقه الحنبلى إذا كـــان

---

[١] بدائع الصنائع جـــ ٢ ص ٣٢٠٢ ، المدونة جـــ ٤ ص ٢٢٩ ، مغنى المحتاج جـــ ٢ ص ٧٩ ، الشرح الكبير لابن قدامة جـــ ٤ ص ١٠٤ .

[٢] مغنى المحتاج جـــ ٢ ص ٧٩ .

[٣] البناية على الهداية جـــ ٦ ص ٥٠٣ والشرح الكبير لأبن قدامة جـــ ٤ ص ١٠٤ .

[٤] المدونة جـــ ٤ ص ٢٢٢٩ .

[٥] المدونة جـــ ٤ ص ٢٢٩ .

التغيير بالرخص .[١] والمراد بحوالة الأسواق أى تغير سعر السلع . قال بن قدامة : " وإن تغير سعر السلعة وهى بحالها ، فإن غلت لم يلزمه الأخبار بذلك لأنه زيادة فيها ، وإن رخصت فكذلك إلى أن قال : ويلزمه أن يلزمه الأخبار بالحال ، فإن المشترى لو علم بذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغريره "[٢] وجاء فى المدونة[٣] : " قلت : أرأيت إن حالت الأسواق بزيادة أيجوز لى أن أبيعه مرابحة ولا أبين فى قول مالك ؟ قال: إنما قال مالك إذا حالت الأسواق لم يبعه مرابحة حتى يبين ولم يذكر لنا بزيادة ولا نقصان وأعجب إلى ألا يبيع حتى يبين ، وإن كانت الأسواق قد زادت لأن الطرى عند التجار ليس كالذى تقادم عهده عندهم ، هم فى الطرى أرغب وعليه أحرص ، إذا كان جديدا فى أيديهم هو أحب إليهم من سلعة قد مكثت فى أيديهم ، فالطرية فى أيديهم أنفق . قال : وقال مالك : إذا تقادم مكث السلعة فلا أرى أن يبيعها مرابحة حتى يبين فى

---

(١) الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠٥ – ١٠٦ .

(٢) الشرح المرجع السابق .

(٣) المدونة جـ ٤ ص ٢٢٩ .

أى زمان اشتراها . فأرى ما سألت عنه مثل هذا النحو "
وبناء على ذلك ، إذا كان فقهاء الحنابلـــة فرقــوا بيـــن الرخص وبين الغلاء ، فأوجبوا البيان فى الأولــــى دون الثانية ، فإن الواضح من كلام المالكية أنهم أوجبه الكلام فى كلتا الحالتين .

والذى يبدو لى رجحانه هو أن التغيـــير إذا كـــان بالرخص فيجب على البائع أن يبين ذلك للمشترى حتـــى يكون على بصيرة من أمره ، فإن شاء قبل وإن شاء رد حتى لا يكون ثمة شبهة أو تغيير .

أما إذا كان التغيير بالغلاء ، فإن كان قـــد تقـــادم مكث السلعة عنده وكانت مما يتأثر بطول المكث ، فقـــد وجب عليه البيان لأن الغلاء فى ذاته زيـــادة محمـــودة بالنسبة للمشترى . والأصل فى وجوب البيان أنه بالنسبة لما يكره من الصفات لكن هنا تـــأثرت الســـلعة بطـــول المكث وضعف الرغبة فيها ، ووجـــوب البيـــان لـــهذا المعنى لا لأجل الغلاء .

أما إذا لم يطل عهد السلعة عنده ، أو كانت مما لا يتأثر بطول المكث فالبيان وعدمه في هذه الحالة سواء .[١]

خامسا : حكم الشراء ممن لا نقبل شهادته له : -

إذا اشترى سلعة ممن لا تقبل شهادتهم له ، كابنه وأبيه وأمه ، ثم أراد أن يبيعها مرابحة فهل يجب عليه البيان أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى الجواب عن هذا السؤال إلى ثلاثة آراء بيانها كما يلى :

الرأى الأول :

ذهب فقهاء الحنابلة[٢] ، والإمام أبو حنيفة[٣] إلى القول بوجوب البيان . وعلة ذلك أن تهمة المسامحة فى شرائه من هؤلاء ، فكانت التهمة وهى الشراء بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان . وهذا ما قال به بعض فقهاء الشافعية إذا كان الشراء من ابنه دفعا للتهمة .[٤]

---

[١] يراجع الخرشى جـ ٥ ص ١٧٦ .
[٢] الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠٤ .
[٣] المبسوط جـ ١٣ ص ٨٨ ، البدائع جـ ٧ ص ٣٢٠٤ .
[٤] روضة الطالبين جـ ٣ ص ٥٣٢ .

الرأى الثانى : –

ذهب الأمام الشافعى[١] ، والصاحبان[٢] - أبو يوسف ومحمد - إلى القول بجواز الشراء فى هذه الحالة ، وإن لم يبين ووجه ذلك أنه اشتراه بعقد صحيح ، وأخبر بثمنه فأشبه ما لو اشتراه من أجنبى .

إذ لا خلل فى الشراء الأول لأن ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه ومنفصل عنه .

الرأى الثالث :–

ذهب فقهاء المالكية إلى القول بالتفرقة بين ما إذا كان فى الشراء محاباة ومن ثم فلم يجز بيعه مرابحة إلا ببيان وبين ما كان بيعا صحيحا فقد جعلوه بمنزلة الشراء من اجنبى فلم يوجبوا البيان .[٣] والذى يترجح لى هو وجوب البيان فى حالة الشراء من هؤلاء لتهمة المحاباة القائمة ، وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة ، والأمام أبو حنيفة .وأيضا فإن الشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتؤثر فى المرابحة كما تؤثر فى غيرها . وكذلك أيضا

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المبسوط ، والبدائع المرجعين والموضعين السابقين .

(٣) المدونة جـ ٣ ص ٥٣٢ .

فالأصل هو صون هذه البيوع من كل أسباب الريبة ومن ثم فيستبين رجحان القول بوجوب البيـــان لأنـــه أعـــدل الآراء .

سادسا : حكم مـــا إذا عـــاد المبيـــع إلـــى صاحبـــه بشراء : -

إذا عاد المبيع إلى صاحبه بشراء ، فهل لــــه أن يعيد بيعه مرابحة بغير بيان ؟ للجواب عن هذا الســؤال يوجد صورتان :

الصورة الأولى : أن يشتريه فى المرة الثانية بأكثر مـــما باعه به ، ولم يكن فى الأمر تواطؤ ولا احتيال ، وفـــى هذه الحالة يجوز بيعه بدون بيان . إلا إذا كان شـــــراؤه الثانى من غلام دكانه الحر ونحوه ممن يتهم فى حقه فقد ذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى وجوب البيـــان لوجـــود التهمة .(١)

الصورة الثانى : -

---

(١) الشرح الكبير لأبن قدامة جـــ ٤ ص ١٠٥ .

أن يشتريه فى المرة الثانى بأقل مما باع به كمـــا لو اشتراه بعشرة ، ثم باعه بخمسة عشـــر ثـــم اشـــتراه بعشرة . وفى هذه الصورة اختلف الفقهاء كما يلى :

الرأى الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة[١] إلـــى القـــول بعدم جواز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره أو يخـــير أن رأس ما له عليه خمسة . ووجه ذلـــك ، إن المرابحـــة تضمن فيها العقود ، فيخير بما تقوم عليه ، وقد اســـتفاد بهذا العقد الثانى تغرير الربح فى العقد الأول لأنه أمـــن أن يرد عليه ، فكان مشتريا للثوب وخمسة الربح بعشرة من وجه فكان شبهة أنه اشترى شيئين ثم باع أحدهمـــا مرابحة على ثمن الكل وذلك لا يجوز من غير بيـــان ، لأن الشبهة فى هذا الباب لها حكم الحقيقة .

الرأى الثانى : ذهب فقهاء الشافعية[٢] ، والحنابلـــة[٣] والصاحبان - أبو يوسف ومحمد - من فقهاء الحنفية[٤]

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٢٠٣ ، البناية فى شرح الهداية جـ ٦ ص ٤٩٥ ، المبسوط جـ ١٣ ص ٨٢ .

(٢) روضة الطالبين جـ ٣ ص ٥٣٠ .

(٣) الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٠٧ .

(٤) البناية جـ ٦ ص ٤٩٥ – ٤٩٦ .

، إلى القول بجواز البيع فى هذه الحالة بغير بيان . لأن البائع صادق فيما أخبر به ، وليس فيه تهمة فاشبه مـالم يربح ، ولأن العقود المتقمة لا عبرة بها لأنـها ذهبـت وتلا شت بنفسها وحكمها فأما العقد الأخير فحكمه قـائم وهو الملك فكان هذا المعتبر فبيعه مرابحة على الثمـن الأخير .

إلا إن المستحب فى هذه المسألة أن يخير بالحـال على وجهه لأن فيه خروجا من الخلاف وهو أبعد مـن التغرير بالمشترى ، والذى يترجح لى هو ما ذهب إليـه أصحاب الرأى الثانى لأن الشراء الثانى مستقل لا علاقة له بما قبله وبه يتجدد له ملك غير الأول ، لأن ثبـوت الحكم بثبوت سببه ، فإذا كان السبب متجـددا فـالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختـلاف العين .(١)

ومن جهة آخرى ، فانه لو خسر فى البيـع الأول مثل ان اشتراهما بخمسة عشر ، ثم باعها بعشرة ، ثـم اشتراها بأى ثمن كان ، أخبر به ، ولم يجـز أن يضـم

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ١٠٨ .

الخسارة إلى الثمن ، ويخبر به فـــى المرابحـــة بغـــير خلاف نعلمه فينبغى أن يكون نفس الحكم فيما لو ربــــح وإلا كانت قسمة ضيزى .(١) أما قول الأمام أبو حنيفة : انه قد استفاد بالعقد الثانى تقرير الربح فى العقد الأول فمحل نظر . لأن العق الأول قد لزم ولم يظهر العيـــب ولم يتعلق به حكمه(٢) وخلاصة ما سبق هو أن بيـــان الحال على وجهه اقرب للتقوى بلا خلاف . لكن إذا لـــم يبين وطرح البلح من الثمن الثانى وأخبر بالباقى علـــى أنه هو رأس المال ، فقد استبرأ لدينه وعرضه وإذا لـــم يفعل من ذلك شيئا وأخبر بما اشتراه به ثانية فقط فـالبيع جائز عند جمهور العلماء ، وان كان ترك ما هو أفضل

حكم الحيلة فى المرابحة :

قد يعمد بعض الناس إلى أن يوطـــئ صاحبــه فيبيعه بما اشتراه ، ثم يشتريه منه بأكثر ليخبر به فـــى المرابحة فهل هذا يجوز من غير بيان ؟ فالجواب أنـــه

---

(١) المغنى جـــ ٤ ص ١٠٧ – ١٠٨ .

(٢) المرجع والموضع السابق .

ذلك لا يجوز باتفاق الفقهاء[١] وذلك لما ينطوى عليـــه من تدليس وخداع ، ولأنه يتنافى مع الأمانة والصدق واجتناب الريبة وأسبابها .

---

(١) مغنى المحتاج جـــ ٢ ص ٧٦ ، الشرح الكبير جـــ ٤ ص ١٠٤ ، روضة الطالبين جـــ ٣ ص ٥٣٠ .

المطلب الخامس

أحكام المرابحة

إذا حدث غلط أو خيانة فى المرابحة ، فإن ذلك قد يترتب عليه آثارا معينة ، سواء تعلق ذلك بثبوت الخيار للمشترى أو عدم ثبوته ، أو تعلق برفع الظلم عنه ، وسوف أتحدث عن هذه الآثار بشيء من التفصيل وذلك فى مسألتين :

المسألة الأولى : ما يتعلق بأحكام الخيانة :

إذا وقعت الخيانة فى المرابحة فلا يخلو الحال من أمرين

الأول : أن تقع الخيانة فى وصف الثمن .

الثانى : أن تقع الخيانة فى قدر الثمن

فإن ظهرت الخيانة فى صفة الثمن ، كما لو أشترى شيئا نسيئة ثم باعه مرابحة بغير بيان ففى هذه الحالة يثبت المشترى الخيار بين الإمساك والرد [١]

وعلة ذلك أن المرابحة مبنية على الأمانة وصيانتها عن الخيانة مشروطة دلاله ، ففواتها يوجب

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ٤ ص٢٦٣ ، بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٢٠٦ .

الخيار كفوات السلامة أما إذا ظهرت الخيانة فى قـــدر الثمن ، كما لو قال : أنه بمائة ثم تبين أنـــه بتســعين ، ومن ثم ثار خلاف بين الفقهاء من حيث ثبوت الخيـــار وعدمه ومن حيث كيفية رفع الغبن عن المشترى .

أولا : من حيث ثبوت الخيار وعدمه .

أما من حيث ثبوت الخيار من عدمه إذا كان ثمـة خيانة فى قدر الثمن ، فقد ذهب الأمام أبو حنيفة و الأمام محمد (١) وبعض فقهاء الشافعية (٢) وفى وجه فى فقـه الحنابلة (٣) إلى القول بأن الخيار يثبت للمشترى ، وبناء على هذا القول من حق المشترى الرد والإمســاك فـى حالة وقوع الخيانة ووجه ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفـة ومن توافق معه أن المشترى لا يأمن الخيانة فـى هـذا الثمن أيضا ولأنه ربما كان له غرض فى الشراء بذلـك الثمن بعينه لكونه حالفا ، أو وكيلا أو نحو ذلك . فهو لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلـزم

---

(١) بدائع الصانع جـ٧ ص٣٣٢٠٦ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٧٩ .

(٣) المغنى جـ٤ ص٢٦٥ .

بدونه ويثبت له الخيار لفوات السلامة عن الخيانة كما يثبت الخيار بفوات السلامة عن العيب إذا وجد المبيع معيبا . [١]

بينما ذهب الشيخ أبو يوسف من فقهاء الحنفية [٢]، والخرقى من فقهاء الحنابلة [٣] وفى الصحيح من مذهب فقهاء الشافعية [٤] إلى القول بعدم ثبوت الخيار للمشترى ، إنما ترفع عنه الخيانة فقط .

ووجه هذا القول : أن المشترى قد رضيه بالزيادة فإذا حصل له بأقل من ذلك فقد زاده خيرا فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحا ، أو أمى فبان صانعا أو كاتبا ، أو وكل فى شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين ، وأما البائع فلا خيار له لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك .[٥]

---

(١) المغنى ، البدائع المرجعين السابقين .

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٢٠٦ .

(٣) المغنى جـ٤ ص٢٦٠ .

(٤) مغنى المحتاج جـ٣ ص٧٩ .

(٥) المغنى المرجع السابق

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الثمـن الأول أصل فى بيع المرابحة فإذا ظـهرت الخيانـة تبيـن أن تسمية قدر الخيانة لم تصلح فلغيت وبقـى العقـد لازم بالثمن الباقى [١]

أما فقهاء المالكية فقولهم قريب من هذا القـول : حيث قالوا بعدم الخيار إذا حط البائع عن المشترى مـا كذب به عليه وربحه فإن لم يفعل كان المشترى بالخيـار بين الإمساك والرد .[٢]

والذى يظهر لى فى هذه المسألة هو ما تميل إليـه النفس إلى أن البائع لا خيار له مطلقا ، لأنه كاذب خائن ، ولا ضرر عليه ولا سيما إذا حطت الخيانة من الثمـن لأنه هو الذى رضى بأن يبيع برأس المال أو بمـا قـام عليه وربح كذا هذا بالنسبة للبائع .

أما المشترى فالراجح هو القـول بلـزوم البيـع بالنسبة له بشرط أن يرفع الغبن عنه ويحط عنـه قـدر

---

(١) البدائع جـ٧ ص٣٢٠٦ .

(٢) الخرشى على خليل جـ٥ ص١٧٩ .

الخيانة وربحه استقرار للمعاملات ، وإمضاء العقود ما أمكن .

ثانيا : من حيث كيفية رفع الغين عن المشترى .

بالبحث فى كيفية إنصاف المشترى تبين لى أن ثمة رأيين للفهاء وها هو البيان : -

الرأى الأول :

ذهب فقهاء المالكية (١) ، والشافعية (٢)، والحنابلة ، والشيخ أبو يوسف من فقهاء الحنفية (٣)، إلى القول بأنه يجب على البائع أن يحط عن المشترى قدر الخيانة وربحها حتى يعود الأمر إلى الاتفاق الأول ، وتنفيذا منه لما رضيه والتزم به من البداية .

إلا أن فقهاء المالكية لا يرون أن هذا الأمر ملزم للبائع بدليل ما يرون أنه فى حالة امتناع البائع عن ذلك فإن المشترى بالخيار بين أن يرد السلعة ويأخذ ثمنه وبين أن يأخذها بجميع الثمن الذى وقع البيع به . (٤)

---

(١) الخرشى على متن خليل جـ٥ ص١٧٩ .

(٢) مغنى المحتاج جـ٢ ص٧٩ .

(٣) المغنى جـ٤ ص٢٦٥ .

(٤) الخرشى المرجع السابق .

الرأى الثانى : -

ذهب الأمام أبو حنيفة ومحمد [١] إلى القول بـــأن المشترى بالخيار إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمـــن وإن شاء ترك ولا يلزم البائع أن يحط الثمن عن المشـــترى لأنهما باشرا عقدا باختبارهما بثمن سمياه فينعقد بجميـــع ذلك الثمن كما لو باعه مساومة ، وهذا لأن إنعقاد ســبب ثانى يعتمد التراضى منهما ، ولا يتم رضا البائع إذا لـــم يجب له جميع الثمن المسمى . والذى يبـــدو لـــى هـــو رجحان رأى الجمهور لأنه ليس إنشاء عقد جديد بل هـــو إمضاء للعقد السابق الذى ثم الاتفاق عليه فيما بينـــهما ، وأصبح هذا العقد لازما بالتفريق من مجلس العقد فـــلا فكاك للبائع منه بل هو مجبر على تنفيذه ديانة وقضاء .

ما الحكم لو هلك المبيع أو حدث به مانع للفســـخ عند ظهور الخيانة ؟

من الواضح أن ما سبق من الأحكام كان فى حالة ما إذا كان المبيع قائما بحاله عند ظهور الخيانة لكن لـــو

---

(١) المبسوط جـ١٣ ص٨٦ .

هلك المبيع أو حدث به ما يمنـــع بـــه الفســـخ فكيـــف التصرف فى هذه الحالة ؟

اختلف الفقهاء فى الجواب عن هذا التساؤل إلـــى ثلاثة آراء بيانها كما يلى : –

الرأى الأول : ذهب فقهاء الحنفية إلى القـــول ببطـــلان الخيار فى هذه الحالة و لزوم جميع الثمن ، إلا أنه روى عن الإمام محمد أنه بفسخ المبيع على القيمة أن كـــانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشـــترى لكـــن المشهود هو رأى الإمام ومن وافقه . (١)

الرأى الثانى : –

ذهب فقهاء المالكية إلى القول بان البائع فى هـــذه الحالة يخير بين أن يأخذ الثمن الصحيح وربحه وبين أن يأخذ قيمة المبيع يوم القبض مالم تزيد علـــى الكـــذب وربحه (٢)

الرأى الثالث : –

---

(١) البناية فى شرح الهداية جـ٦ ص٤٩٤ .

(٢) المدونة جـ٤ ص٢٣٧ ، الخرشى جـ٥ ص١٨٠ .

ذهب فقهاء الشافعية [١]، والحنابلة [٢] إلى القـول بأنه يجب على البائع أن يحط الخيانة وربحها من الثمـن من غير تفرقة بين ما إذا كان المبيع قائما بحاله أو هالكا . وعلى المشترى أن يقبل ذلك .

مع العلم بأنه من كان يقول منهم بثبوت الخيـــار للمشترى فى حال قيام المبيع لا يقول به فى حالة الفوات لتعذر ذلك .

وبعد عرض الرأيين يظهر لـــى رجحـــان قــول الشافعية والحنابلة ، لأنه هو العدل الـــذى لا ينبغـــى أن يصرف عنه ، وذلك لأنه بظـــهور الخيانـــة قــد ثبــت للمشترى حق لدى البائع فى إسقاط الزيادة وربحها تنفيذا للعقد الأول الذى وقع صحيحا وأصبح ملزما لا طرافـــة وهلاك محل العقد لا يؤثر إطلاقـــا فـــى إســقاط حــق المشترى فى ذلك .

ما مدى فساد المرابحة بالخيانة ؟

---

(١) مغنى المحتاج جـــ٢ ص٧٩ ، روضة الطالبين جـــ٣ ص٥٣٣ .

(٢) المغنى جـــ٤ ص٢٦٥ .

والجواب عن ذلك هـــو أن المرابحـــة لا تفســـد بظهور الخيانة عند جمهور أهل العلم [١] والعلة فـــى عدم الفساد بظهور الخيانة هـــو أن التغريـــر لا يمنـــع الصحة ، وإنما ينبغى تصحيح الأوضاع ويرفع الظلـــم عن المشترى إن كان وقد قع عليه ، والعقد صحيـــح لأن الزيادة فى الثمن لا تمنع من صحة العقد كالعيب [٢]

المسألة الثانية ما يتعلق بأحكام الغلط : -

وصورة الغلط فى بيع المرابحة أن يخبر البـــائع المشترى بأنقص مما اشتراه كما لو قال رأس مالى فيـــه مائة ، ثم رجع يقول : غلطت ، رأس مالى فيـــه مائـــة وعشرون وفى حكم ذلك وقع خلاف بين الفقهاء ، وبيانه كما يلى : -

الرأى الأول :

ذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بأنه لا يقبل قولـــه فى الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانيـــا

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٢٠٦ - ٣٢٠٧ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٧٩ ، المغنى جـ٤ ص٢٦٠ .

(٢) المراجع والمواضع السابقة .

. إلا أن الإمام أحمد قال : أنه إذا كان البائع صدوقا قبل قوله ، وإن لم يكن صدوقا جاز البيع ، كما روى عنه القول بعدم قبول قول البائع وإن إقام به بينة حتى يصدقه المشترى ، لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه ولا بينته لإقراره يكذبها ، فإن لم تكن له بينته – أو قبل بعدم قبولها فادعى أن المشترى بعلم غلطة فأنكر المشترى فالقول قوله ، وإن طلب يمينه لزمت المشترى اليمين وللمشترى أن يحلف البائع أنه وقت ما باعها لم يكن يعلم أن شراءها بأكثر فإن نكل قضى عليه . وإن حلف خير المشترى بين قبوله بالثمن والزيادة التى غلط بها وحظها من الربح وبين فسخ العقد ، وإنما كان له الخيار لأنه دخل على أن الثمن مائة ، فإن بأن أكثر كان عليه ضرر فى التزامه فلم يلزمه كالمعيب ، فإن اختار المشترى دفع الزيادة لم يكن للبائع خيار لأنه قد زاده خيرا ، وإن اختار البائع إسقاطها لم يكن للمشترى خيار لأنه قد بذله بالثمن الذى وقع عليه العقد وتراضيابه . (١)

(١) المغنى لابن قدامه جـ٤ ص٢٦٤ – ٢٦٥ .

الرأى الثانى :

ذهب فقهاء الشافعية إلى القول بالتفرقة بين ما إذا صدق البائع المشترى فى دعواه وفى هذه الحالة الأصح عندهم صحة البيع ، وبين ما إذا كذبه المشترى حيث يردون قوله وبينته إذا لم يبين لغلطه وجها محتملا ، ولكنهم يعطونه حق تحليف المشترى انه لا يعرف ذلك . لأنه قد يقر عند عرض اليمين عليه ، وأما إذا بين لغلطة وجها محتملا فإنهم يسمعون بينته على خلاف عندهم فى ذلك ، ويقرون حقه فى تحليف المشترى بلا نزاع (١)

الرأى الثالث :

ذهب فقهاء المالكية إلى القول بأنه إذا صدقه المشترى ، أو أتى هو بما يثبت قوله فإن المشترى يخير فى حال قيام المبيع بين رده إلى بائعة أو دفع الصحيح مع ربحه ، وفى حال فواته بين دفع الصحيح مع ربحه أو قيمته يوم بيعه ما لم تنقص عن الغلط وربحه (٢)والذى يبدو لى رجحانه هو أن دعوى الغلط

---

(١) الخرشى جـ٥ ص١٧٩ ، المدونة جـ٤ ص٢٣٩ .

(٢) الخرشى جـ٥ ص١٧٩ ، المدونة جـ٤ ص٢٣٩ .

لا تقبل إلا ببينه ، وذلك لأن القاعدة هى استقرار العقـــد ولزومه على وضعه الأول ، فلا يعدل عن هذه القـــاعدة إلا ببينة ، ولو يعطى الناس بدعواهم لا دعـــى أنـــاس دماء أقوام ، ولكن البينه على المدعى واليمين على مـــن أنكر ، ولأنه لو أقيمت البينة فلا وجــــه للقـــول بعـــدم سماعهما أو بعدم قبولها فهى بينة عادلة شــــهدت بمـــا يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ، وأمر الغلـــط وارد على بنى آدم ولا يرتبط سماع البينــــة أو قبولـــها بمـــا أشترطه فقهاء الشافعية من أن يكون للغلط وجه محتمل بل يكفى أن يقول ، لقد سبق لسانى إلى هذا القول مـــــن غير قصد له . وإذا أقام البينة على ذلك قبل قوله . والله أعلم .